



Universitat de Girona

# LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS PROBATORIOS Y SOPORTES INFORMÁTICOS

**Sílvia PEREIRA PUIGVERT**

**Dipòsit legal: GI. 279-2013**

<http://hdl.handle.net/10803/104485>

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



**UNIVERSITAT DE GIRONA**

**TESIS DOCTORAL**

**LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS  
PROBATORIOS Y SOPORTES  
INFORMÁTICOS**

**SÍLVIA PEREIRA PUIGVERT**

**2012**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN “TURISME, DRET I  
EMPRESA”**

**DIRIGIDA POR: Dra. TERESA ARMENTA DEU y Dr.  
GUILLEM ORMAZABAL SÁNCHEZ**

**MEMORIA PRESENTADA PARA OPTAR AL TÍTULO DE  
DOCTORA POR LA UNIVERSITAT DE GIRONA**



*Cuando bebas agua,*

*Recuerda la fuente*

*(Proverbio chino)*

*A Teresa Armenta per la confiança dipositada en mi, el seu tracte,  
la seva entrega, el molt que he après d'ella i estic aprenent.*

*A Guillem Ormazabal per la seva ajuda incondicional, per tot el seu temps,  
esforç, dedicació i per tot en general.*

*A Susanna Oromí i Cristina Sala per estar sempre al meu costat,  
pels seus savis consells i per ajudar-me, en definitiva, a construir el camí.*

*Als meus pares i, en especial, a en Jordi per la seva paciència,  
entrega i suport diaris.*

*A tots els companys de la Universidad Complutense de Madrid per fer  
de la meva estada de recerca un record molt bonic i inoblidable.*

*Als meus companys (i amics) de despatx (i de la Facultat) per totes les coses  
compartides i per la seva estima.*

*A Susanna Barquero pel seu treball constant i per fer que el meu camí hagi  
estat més fàcil.*



## **ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS**

ANC	Autoridades Nacionales de Competencia.
Art.	Artículo.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
CC	Código Civil.
CCom	Código de Comercio.
CE	Constitución Española o Comunidad Europea.
<i>Cfr.</i>	Confrontar.
CP	Código Penal.
CPC	<i>Codice di Procedura Civile</i> (Código Procesal Civil italiano).
EDRM	Electronic Discovery Reference Model (Modelo de referencia del <i>e-discovery</i> ).
<i>Ibíd.</i>	Ibídem.
IP	Protocolo de Internet.
LA	Ley de Arbitraje.
LCDCE	Ley de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECA	Ley de Enjuiciamiento Civil Anterior a la LEC/2000.
LFE	Ley de Firma Electrónica.
LGS	Ley General de Sanidad.
LGT	Ley General Tributaria.
LO	Ley Orgánica.
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.

LP	Ley de Patentes.
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.
N.	Número.
<i>Op. cit.</i>	Opus Citada.
pp.	Páginas.
RD	Real Decreto.
REC	Red Europea de Competencia.
ss.	Siguientes.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.
<i>Vid.</i>	Véase.
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (Ley Procesal Civil alemana).

## ÍNDICE

<b>RESUMEN/ABSTRACT .....</b>	<b>11</b>
<b>PRESENTACIÓN.....</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>19</b>
<b>EL DERECHO A LA OBTENCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA COMO POSIBLE FUNDAMENTO DE LOS DEBERES Y CARGAS DE EXHIBICIÓN .....</b>	<b>19</b>
1. BREVE PANORÁMICA GENERAL.....	19
2. EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL: ALCANCE.....	20
3. LA PRUEBA “CONSTITUCIONAL”. REPERCUSIONES DEL ARTÍCULO 24.2 CE EN EL PROCESO CIVIL Y POSIBLE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DEBERES Y CARGAS DE EXHIBICIÓN DOCUMENTAL.....	24
3.1 REPERCUSIÓN DEL ARTÍCULO 24 RESPECTO DEL JUEZ.....	25
3.2 REPERCUSIÓN DEL ARTÍCULO 24 RESPECTO DE LAS PARTES.....	27
3.3 FUNDAMENTO DE LOS DEBERES Y CARGAS DE EXHIBICIÓN .....	28
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>37</b>
<b>LA OBTENCIÓN PREPROCESAL DE DOCUMENTOS: LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA.....</b>	<b>37</b>
1. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES.....	37
1.1 CUESTIONES PREVIAS .....	37
1.2 TIPOLOGÍA DE LAS DILIGENCIAS EXHIBITORIAS.....	39
1.3 DILIGENCIAS PRELIMINARES EN LEYES ESPECIALES.....	43
1.3.1 LA REMISIÓN A OTROS TEXTOS LEGALES.....	43
1.3.2 LAS LLAMADAS DILIGENCIAS DE COMPROBACIÓN DE HECHOS .....	45
1.4 EFECTOS DE LA NEGATIVA A LLEVAR A CABO LAS DILIGENCIAS .....	51
1.4.1 GENERALIDADES .....	51
1.4.2 REFERENCIA EXPRESA A LA ORDEN DE ENTRADA Y REGISTRO .....	54
1.4.3 LA OPOSICIÓN A LA PRÁCTICA DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES .....	59
1.4.4 EL DISTINTO TRATAMIENTO ANTE LA FALTA DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS CONTABLES.....	63
2. EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA .....	70
2.1 EN GENERAL.....	70
2.2 CONCEPTO Y PRESUPUESTOS .....	73
2.3 PROCEDIMIENTO: LA ADOPCIÓN <i>INAUDITA PARTE</i> COMO GARANTÍA DEL ACCESO A LOS DOCUMENTOS Y LA NO ALTERACIÓN DE LOS MISMOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA VULNERABILIDAD DE LOS SOPORTES INFORMÁTICOS.....	78
2.4 EN ESPECIAL, EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA INFORMÁTICA MEDIANTE LAS FUNCIONES DE <i>HASH</i> .....	90
3. DILIGENCIAS PRELIMINARES Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA <i>VERSUS</i> EXHIBICIÓN DOCUMENTAL: CASOS EN QUE PROCEDEN .....	93
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>107</b>
<b>LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL.....</b>	<b>107</b>

1. LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL ENTRE LAS PARTES.....	107
1.1 INTRODUCCIÓN.....	107
1.1.1 LA DIFERENTE SIGNIFICACIÓN DEL AFORISMO <i>NEMO TENETUR EDERE CONTRA SE</i> EN EL ÁMBITO PUNITIVO Y EN EL CIVIL. BREVE APUNTE HISTÓRICO.....	109
1.2 SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DEBER GENERAL DE COLABORACIÓN ENTRE LAS PARTES.....	112
1.2.1 EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE PROCESAL COMO POSIBLE FUNDAMENTO DE LOS DEBERES DE COLABORACIÓN. CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN.....	116
1.2.2 LOS DEBERES DE VERACIDAD Y DE INTEGRIDAD .....	119
1.2.3 LOS LLAMADOS DEBERES DE COLABORACIÓN .....	124
1.2.4 CONCLUSIÓN. NO EXISTE UN DEBER DE COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES EN NUESTRO PROCESO CIVIL .....	126
1.3 PROCEDIMIENTO.....	133
1.3.1 PRESUPUESTOS Y SOLICITUD DE EXHIBICIÓN .....	133
1.3.2 ASPECTOS PROCEDIMENTALES .....	140
1.4 EL TRATAMIENTO PROCESAL ANTE LA FALTA DE CONSERVACIÓN DE LOS DOCUMENTOS .....	141
1.5 POSIBLES CONDUCTAS DE LA PARTE A QUIEN SE HAYA SOLICITADO LA EXHIBICIÓN DEL DOCUMENTO. EFECTOS DE LA NEGATIVA INJUSTIFICADA A LA EXHIBICIÓN .....	144
1.5.1 ATRIBUCIÓN DE VALOR PROBATORIO A LA COPIA SIMPLE O A LA VERSIÓN DEL CONTENIDO DEL DOCUMENTO .....	148
1.5.2 EL REQUERIMIENTO POR PROVIDENCIA AL DESTINATARIO DE LA SOLICITUD PARA QUE EXHIBA LOS DOCUMENTOS .....	149
2. LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS POR TERCEROS .....	154
2.1 CUESTIONES PRELIMINARES .....	154
2.2 PRESUPUESTOS Y ALCANCE DE LA EXHIBICIÓN POR TERCEROS .....	156
2.2.1 ALCANCE SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL ARTÍCULO 330 LEC .....	161
2.3 PROCEDIMIENTO .....	166
3. LAS MODALIDADES DE EXHIBICIÓN DOCUMENTAL: ASPECTOS COMUNES Y CONTRASTES.....	170

## **CAPÍTULO IV ..... 181**

### **CASOS ESPECIALES DE EXHIBICIÓN DOCUMENTAL ..... 181**

1. EL DEBER DE EXHIBICIÓN DE ENTIDADES OFICIALES.....	181
1.1 CONSIDERACIONES PREVIAS .....	181
1.2 LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN PODER DE ENTIDADES OFICIALES: LA NORMA ESPECIAL DEL ARTÍCULO 332 LEC.....	184
1.2.1 ESPECIAL REFERENCIA A LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN PODER DE LA AGENCIA TRIBUTARIA.....	188
2. LA EXHIBICIÓN DE LOS LIBROS DE LOS COMERCIANTES .....	194
2.1 ASPECTOS GENERALES.....	194
2.2 LA EXHIBICIÓN DE LOS LIBROS DE LOS COMERCIANTES: LA LEC Y EL CÓDIGO DE COMERCIO .....	199
3. LA APORTACIÓN DE HISTORIALES CLÍNICOS .....	205
3.1 CUESTIONES GENERALES .....	205
3.2 CONCEPTO Y TITULARIDAD DEL HISTORIAL CLÍNICO.....	207
3.2.1 PACIENTE, MÉDICO Y CENTRO HOSPITALARIO: LA VERDADERA TITULARIDAD DEL HISTORIAL CLÍNICO .....	209
3.3 APORTACIÓN DEL HISTORIAL CLÍNICO: MECANISMOS DE LA LEC.....	215
3.3.1 DERECHOS FUNDAMENTALES Y NEGATIVA A EXHIBIR: SU INTERRELACIÓN.....	221
3.3.2 EL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO Y SU INCIDENCIA EN LA APORTACIÓN DE HISTORIALES CLÍNICOS .....	229

3.4 LA ESPECIALIDAD DE LAS ANOTACIONES SUBJETIVAS DEL HISTORIAL CLÍNICO.....	234
3.5 DERECHO, MEDICINA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: EL HISTORIAL CLÍNICO ELECTRÓNICO	242

**CAPÍTULO V ..... 249**

**LA EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y DE LOS DATOS DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES ..... 249**

1. LA EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA.....	249
1.1 PRECISIONES INTRODUCTORIAS .....	249
1.2 EL CONCEPTO DE “DOCUMENTO ELECTRÓNICO” .....	250
1.3 LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA: LEC Y DEMÁS NORMAS DE APLICACIÓN ..	256
1.3.1 BREVE EXCURSUS: CLASES DE PRUEBA ELECTRÓNICA.....	256
1.3.2 LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA.....	258
1.4 APORTACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA.....	261
1.4.1 NATURALEZA DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA: ¿EQUIVALENTE A LA PRUEBA DOCUMENTAL? .....	261
1.4.2 EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA .....	270
1.5 OTROS ASPECTOS DE INTERÉS: EL SOPORTE FÍSICO DEL CORREO ELECTRÓNICO .....	279
1.5.1 DETERMINACIÓN INICIAL.....	279
1.5.2 EL SOPORTE FÍSICO DEL CORREO ELECTRÓNICO .....	282
2. LA EXHIBICIÓN DE DATOS DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES.....	289
2.1 REFLEXIONES INTRODUCTORIAS .....	289
2.2 MARCO LEGAL RELATIVO A LOS DATOS DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES .....	292
2.3 APORTACIÓN DE DATOS DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES: POSIBLE EXTENSIÓN AL PROCESO CIVIL.....	297
2.3.1 EL RÉGIMEN DE LA LSSI Y DE LA LCDCE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA ..	297
2.3.2 LA EXHIBICIÓN DE DATOS DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES MÁS ALLÁ DEL PROCESO PENAL POR DELITO GRAVE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	300

**CAPÍTULO VI ..... 313**

**EL TRATAMIENTO DE LA OBTENCIÓN Y EXHIBICIÓN DOCUMENTAL EN EL DERECHO COMPARADO..... 313**

1. ALGUNAS PUNTUALIZACIONES.....	313
2. EN EL PROCESO CIVIL AMERICANO .....	313
2.1 INTRODUCCIÓN.....	313
2.2 FASES DEL PROCESO CIVIL AMERICANO. EL <i>DISCOVERY</i> .....	320
2.2.1 LOS <i>PLEADINGS</i> .....	320
2.2.2 LA FASE DEL <i>DISCOVERY</i> ( <i>PRETRIAL PHASE</i> ).....	322
2.2.3 EL JUICIO AMERICANO Y LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL .....	327
2.3 EL <i>E-DISCOVERY</i> .....	329
2.4 EL MODELO AMERICANO DE FASE DE DESCUBRIMIENTO APLICADO EN NUESTRO SISTEMA: PROBLEMAS.....	337

**CAPÍTULO VII..... 355**

**LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL EN EL ARBITRAJE ..... 355**

1. PUNTO DE PARTIDA DE LA CUESTIÓN .....	355
2. BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO PROBATORIO ARBITRAL .....	356
3. EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE.....	360

4. EL OBJETO DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN LA LEY DE ARBITRAJE. APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 328 A 330 LEC, RELATIVOS A LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL.....	364
5. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN EL ARBITRAJE: PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i> .....	372
<b>CAPÍTULO VIII.....</b>	<b>381</b>
<b>LA EXHIBICIÓN INTERNACIONAL DE DOCUMENTOS.....</b>	<b>381</b>
1.COOPERACIÓN JUDICIAL PARA OBTENER LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL DENTRO DEL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	381
1.1 LÍNEAS GENERALES.....	381
1.2 LEY APLICABLE EN LOS LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS.....	384
1.3 EL REGLAMENTO UE 1206/2001.....	386
1.3.1 LA OBTENCIÓN DE LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL DENTRO DEL ÁMBITO DEL REGLAMENTO 1206/2001.....	389
1.4 LAS DISPOSICIONES DEL LIBRO BLANCO-ACCIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (COM (2008) 165 FINAL).....	399
2. LOS DENOMINADOS PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL TRANSNACIONAL ELABORADOS POR ALI/UNIDROIT.....	405
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>413</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>433</b>
<b>WEBS DE INTERÉS CITADAS.....</b>	<b>462</b>
<b>ÍNDICE SISTEMÁTICO DE JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>463</b>

## **RESUMEN/ABSTRACT**

El objetivo de la tesis doctoral es el análisis del instituto de la exhibición de documentos (de índole probatoria y soportes informáticos) en el proceso civil español. Se trata de afrontar un problema trascendental de la práctica de la prueba documental: el acceso al documento por parte de quien pretende introducirlo en el proceso, cuando éste se halle en poder del litigante contrario o de un tercero ajeno al proceso. La cuestión no ha merecido hasta la actualidad un tratamiento monográfico en Derecho español, en abierto contraste con lo que sucede con los ordenamientos jurídicos más avanzados de nuestro entorno.

En la obra se ha examinado la bibliografía científica existente que trata sobre los diferentes aspectos generales de la exhibición documental, así como abundante jurisprudencia y se ha tratado de dotar a la institución de una base doctrinal sólida, así como de resolver numerosos problemas prácticos y teóricos que se plantean, analizando los diferentes mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico para permitir el acceso a los documentos al litigante que los precisa para hacer prosperar las pretensiones que adujo en el proceso. En especial, se ha abordado el tema de la exhibición de soportes informáticos, materia que entraña muy especiales y novedosos problemas, hasta el momento escasamente estudiado.

The objective of the PhD thesis is the analysis of the institute of the exhibition of documents (of an evidentiary nature and technical support) in the Spanish civil procedure. It deals with addressing a

momentous problem of the practice of documentary evidence: the access to the document on behalf of whom intends to introduce it in the procedure, when this is found in the power of the opposite litigant or of a third party beyond the procedure. The issue until now, hasn't been worthy of a monographic approach in Spanish Law, in open contrast to what occurs with more advanced legal systems of our environment.

In this work, what has been examined is the existing scientific bibliography, which deals with the different general aspects of the exhibition of documents, as well as abundant jurisprudence; it has dealt with providing the institution from a solid doctrinal base, as well as the resolution of numerous practical and theoretical problems that arise, analyzing the different mechanisms that the legal system offers in order to allow the litigant access to the documents that are required so as to advance the claims which I have attached in the procedure. Particularly, the subject of the exhibition of technical support has been tackled, a matter entailing new, special problems, which until this point, have hardly been studied.

## **PRESENTACIÓN<sup>1</sup>**

La presente tesis doctoral tiene por objeto la exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos en el proceso civil. En ella se pretende abordar una cuestión central de Derecho probatorio que entraña muchos y muy enjundiosos problemas prácticos y teóricos. La trascendencia del tema en sí mismo considerado me pareció innegable, a lo que es preciso añadir que hasta el presente no existe en Derecho español un tratamiento monográfico de la cuestión, por mucho que no falten atinadas y luminosas páginas dedicadas a abordar sus múltiples facetas e interrogantes. Este trabajo, pues, aspira a llenar dicho vacío y, dentro de sus limitaciones, a contribuir a solucionar los acuciantes problemas que depara en el ámbito científico y en la práctica forense.

Antes de presentar de forma introductoria o preliminar las numerosas cuestiones concernidas en el trabajo, me parece conveniente dedicar unas palabras a clarificar el título escogido y delimitar el objeto de estudio.

Lo que pretendo en las páginas que siguen no es otra cosa que analizar los cauces, mecanismos o resortes de los que puede servirse un litigante para traer al proceso la prueba documental que precisa para convencer al juzgador de la certeza de los hechos en que funda sus pretensiones. Es un lugar común, pero no por ello menos cierto, que la prueba documental constituye la *regina probatorum*, el medio probatorio más enérgico o decisivo de que pueden valerse las partes

---

<sup>1</sup>La realización de este trabajo de investigación ha sido posible gracias a la Beca BR (referencia BR08/17), concedida por la Universitat de Girona.

en el proceso civil, tanto por lo que a su fuerza de convicción respecta como en lo que se refiere a la frecuencia e idoneidad para probar los hechos controvertidos en la generalidad de los procesos tramitados ante nuestros tribunales. Sucede, no obstante, que los litigantes deben con harta frecuencia enfrentarse al grave problema de obtener o conseguir los documentos que no se hallan a su disposición o alcance, bien porque están en poder del otro litigante, bien porque están en manos de terceras personas, ajenas al proceso.

Así delimitado el objeto del trabajo, el título escogido bien podría haber incluido palabras como “obtención” o “consecución” de documentos. Lo cierto, sin embargo, es que el término “exhibición” parece haberse consolidado en nuestras leyes procesales y en la literatura jurídica como comprensivo de todos los supuestos en los que un justiciable pretende que se incorporen al proceso documentos que no se hallan en su poder. Es cierto que el uso del término se asocia frecuentemente con la institución regulada en los arts. 328 a 333 LEC, pero también lo es que la ley la emplea en otros lugares con el mismo sentido, singularmente en sede de diligencias preliminares (cfr. arts. 256.1.1 a 5 y 7, entre otros, LEC).

Como se desprende de la lectura del título, por otra parte, los documentos a obtener o exhibir que interesan en este trabajo no son los de cualquier clase o especie (por ejemplo los que sirven para determinar la legitimación pasiva o la representación de las partes) sino sólo aquellos que constituyen medio de prueba propiamente dicho, es decir, documentos de fondo, aptos o idóneos para probar los hechos que fundan las pretensiones de las partes.

El estudio tampoco se restringe a la prueba documental sino que se extiende asimismo a los medios e instrumentos comprendidos en el art. 299.2 LEC, es decir, a los así llamados *medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso*. En el título del trabajo, sin embargo, tan sólo se alude a los soportes informáticos, cuando en realidad la obra los comprende a todos. La razón de tal acotación no es sólo el necesario carácter compendioso o breve de cualquier título, sino que, en la práctica, los medios a los que la ley se refiere en dichos preceptos son instrumentos o soportes informáticos, pues soportes o instrumentos de otra clase, tales como las cintas de vídeo, las magnetofónicas o los discos de vinilo se encuentran ya en completo y definitivo desuso.

Como se verá, la exhibición de esta clase de objetos guarda con los documentos propiamente dichos grandes analogías, pero no está exenta de particularidades y especialidades que requieren un tratamiento singular, como es el caso, por ejemplo de los datos informáticos, retenidos por los operadores de telecomunicación, que se encuentren gravados por ciertos deberes de conservación impuestos por la ley.

Los mecanismos a través de los que los litigantes pueden obtener documentos o soportes informáticos, siempre de índole probatoria, en poder de las otras partes o de terceros son fundamentalmente, los de las diligencias preliminares, la exhibición entre partes y la exhibición de terceros, todos ellos regulados en la LEC y también en ciertas leyes especiales. A ellos se dedicará el

grueso de la obra. Entre las cuestiones novedosas u objeto de escaso tratamiento allí comprendidas me parece conveniente referir aquí la exhibición del historial médico, materia problemática que en la práctica forense depara no pocos quebraderos de cabeza y que presenta aspectos regulados por diversas leyes promulgadas en los últimos años. O el distinto tratamiento que reciben los libros de los comerciantes respecto del resto de documentos y que puede deberse, sin querer adelantar conclusiones, a reminiscencias históricas.

A dichas cuestiones hay que añadir otra de no menor trascendencia, a saber los medios de aseguramiento y práctica anticipada de la prueba sin los cuales la exhibición puede resultar poco menos que ilusoria, muy especialmente cuando se trata de soportes o datos informáticos.

El tratamiento de la exhibición documental entre las partes se inicia inquiriendo sobre su fundamento o base. Me pregunto, en primer lugar, si cabe hablar de un deber general de los litigantes que les imponga proporcionarse o facilitarse mutuamente los elementos y medios probatorios a su disposición que puedan aprovechar o favorecer el éxito de la pretensión contraria. La razón de formular esta cuestión radica en la afirmación positiva de dicho deber en la cultura jurídica anglosajona, con su fuerza expansiva en la doctrina y la praxis jurídica del resto del mundo. Mi posición al respecto, tal como se argumentará en su momento, es claramente contraria a admitir tal deber de cooperación entre las partes.

Atendiendo a una perspectiva metodológica, la presente tesis no se inicia con un capítulo dedicado a los antecedentes históricos y el

motivo fundamental es que la institución de la exhibición documental cuenta con pocos precedentes hasta 1984. Sin embargo, el trabajo no obvia hacer una comparativa entre LEC y LECA en las distintas partes del mismo.

El tratamiento relativamente extenso que dedico en esta obra a la institución angloamericana del *discovery* merece también algún comentario. La razón de haber dedicado a esta materia una considerable atención se explica por el interés que dicho instituto ha suscitado fuera de los países de tradición jurídica anglosajona, lo que asimismo deja claro, por su parte, el vivísimo interés que suscita en los propios ordenamientos donde se usa, hasta el punto de resultar prácticamente un tópico o una cuestión que, de un modo u otro, aflora de manera casi inexorable en cualquier evento o reunión científica internacional en materia procesal. Por lo demás, la creciente frecuencia con la que proliferan los litigios en los que uno de los litigantes es nacional de algún Estado cuyo sistema jurídico aparezca encuadrado en el *common law*, hace que la institución merezca un tratamiento no sólo útil o interesante para la ciencia del proceso, sino también para la práctica jurídica. En dicho sentido, una obra como la presente no podía obviar el estudio de las diferencias y analogías entre el instituto del *discovery* y la colección de mecanismos o resortes que los ordenamientos de Derecho continental, y particularmente el nuestro ofrecen al litigante que precisa obtener documentos en manos de la parte contraria.

Quiero concluir estas líneas destacando otro aspecto que creo de especial relevancia en el presente trabajo, como es el análisis de si cabe trasladar los mecanismos para obtener la exhibición y

aseguramiento de prueba documental, analizados en relación con el proceso judicial, al procedimiento arbitral. Se trata de un aspecto en el que se observa un considerable vacío doctrinal y jurisprudencial que me pareció conveniente colmar.

## **CAPÍTULO I**

### **EL DERECHO A LA OBTENCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA COMO POSIBLE FUNDAMENTO DE LOS DEBERES Y CARGAS DE EXHIBICIÓN**

#### **1. BREVE PANORÁMICA GENERAL**

Antes de empezar con el estudio en profundidad del instituto de la exhibición de documentos, de naturaleza probatoria y soportes informáticos, resulta conveniente trazar un marco general sobre el derecho a la prueba en el proceso civil. Recorreremos distintos aspectos del artículo 24.2 de la Constitución Española y, más en concreto, del *derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa*, con el objeto de delimitar si el derecho a la obtención de medios de prueba puede configurarse como un fundamento de los deberes y cargas de exhibición documental.

Los artículos que se ocupan del objeto, necesidad, iniciativa, proposición o admisión de la prueba son el 281 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En nuestro estudio también presenta relevancia el art. 299 del mismo texto legal que establece los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio: *interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial, interrogatorio de testigos, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y*

*operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.* Pese a que el centro del trabajo es la prueba documental o, mejor dicho, la exhibición de los documentos, de índole probatoria, y soportes informáticos, detendremos nuestra mirada, con carácter previo, en la constitucionalización del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

## **2. EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL: ALCANCE**

En el proceso civil, las partes tienen reconocido el *derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa*. Este derecho aparece recogido en el artículo 24 de nuestra Constitución<sup>2</sup>.

El TC también se ha referido a la materia que nos ocupa -derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes-, sosteniendo la siguiente posición: se trata de <<un poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso para provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso>><sup>3</sup>.

El alcance de este derecho se resume en las siguientes notas: pertinencia, diligencia y relevancia.

---

<sup>2</sup>Sobre este artículo, véase DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Artículo 24. Garantías Procesales en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Vol. III, Madrid, 1997, pp. 19-123. Por otra parte, el trabajo más extenso sobre esta cuestión se debe a PICÓ JUNOY, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, Barcelona, 1996.

<sup>3</sup>SSTC 4/2005, de 17 de enero, 131/1995, de 11 de septiembre, 1/1996, de 15 de enero o 19/2001, de 29 de enero.

Por lo que respecta a la pertinencia, se practicarán solamente las pruebas pertinentes, entendidas por tales aquéllas que tengan relación directa con el supuesto que debe decidirse (SSTC 147/2002, de 15 de junio, 70/2002, de 3 de abril, 165/2001, de 16 de julio y 96/2000, de 10 de abril).

En cuanto a la diligencia, debe solicitarse la prueba, por la persona legitimada para hacerlo, en la forma y momento legalmente previsto para ello y el medio de prueba debe estar autorizado por el ordenamiento (STC 236/2002, de 9 de diciembre).

Respecto a la relevancia, es exigible que se acredite que la actividad probatoria es decisiva en términos de defensa (STC 157/2000, de 12 de junio).

La doctrina, por su parte, habla de un sentido objetivo y de un sentido subjetivo del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes<sup>4</sup>.

En el sentido objetivo, <<el citado derecho obliga, en primer lugar, a los poderes públicos, y en particular a los órganos jurisdiccionales, a interpretar los preceptos que regulan la actividad probatoria de la manera más amplia posible (...)>>. En el sentido subjetivo, este derecho <<otorga a las partes los tres derechos siguientes: el derecho a que la prueba sea admitida; en caso

---

<sup>4</sup>Véase PICÓ JUNOY, El Derecho a la Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (coords.), *Problemas Actuales de la Prueba Civil*, Barcelona, 2005, pp. 31 y ss. Y a nivel de derecho comparado, MÜLLER, *Grenzüberschreitende Beweisaufnahme im Europäischen Justizraum*, Tübingen, 2004, p. 13.

afirmativo, el derecho a que se practique; y, una vez practicada, el derecho a que sea valorada conforme a lo dispuesto en la ley>><sup>5</sup>.

El derecho a la obtención de medios de prueba se completa con el derecho de admisión y práctica de las pruebas y el derecho de valoración de la prueba obtenida. Veamos con más detenimiento los referidos derechos que centran nuestra atención.

El tenor del artículo 24.2 CE, en cuanto al derecho a la prueba, confiere a las partes un abigarrado haz de prerrogativas o derechos<sup>6</sup>. La primera de ellas se refiere al derecho a la proposición de los medios de prueba siempre que resulten pertinentes. A propósito del concepto de pertinencia, debe señalarse que, en la doctrina del Tribunal Constitucional, se trata de un concepto más amplio que el de relevancia y el mismo se desvincula de la prueba impracticada: <<si la prueba impracticada, aunque pertinente, no era relevante, decisiva o esencial en la litis, por más que pudiera reprocharse falta de motivación en los actos impugnados en la decisión de inadmisión o inexecución de la prueba, no cabría apreciar menoscabo efectivo del derecho de defensa ni del de utilizar los medios de prueba a tal fin, en cuanto -con arreglo a criterios razonables de los órganos judiciales- el fallo de la sentencia no hubiese podido ser otro si la prueba se

---

<sup>5</sup>VILLAMARÍN LÓPEZ sigue manifestando acerca del sentido objetivo que <<en segundo lugar, los poderes públicos quedan obligados a hacer una lectura restrictiva de los preceptos que limitan la eficacia de este derecho (...)>>. <<Por último, este derecho obliga a que los tribunales favorezcan siempre que sea posible la subsanación de las posibles actuaciones defectuosas, tendencia consagrada actualmente en el art. 231 LEC (...)>>, *La Obtención de Pruebas en el Proceso Civil en Europa (Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo)*, Madrid, 2005, op. cit., pp. 19-20.

<sup>6</sup>Se sigue la línea referencial de DE LA OLIVA SANTOS, entre otros, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), Madrid, 2004, pp. 317 y ss.

hubiese practicado, de no suministrar ésta las premisas de hecho indispensables para el éxito de la demanda>><sup>7</sup>.

En segundo lugar, el derecho de admisión de las pruebas presentadas. La fase de admisión tiene una doble característica, constitucional y legal. Es decir, la inadmisión se hará constar con referencia motivada de las circunstancias que impiden la admisión de la prueba propuesta. Y la prueba deberá sujetarse a las disposiciones de forma y tiempo previstas legalmente.

La tercera prerrogativa está relacionada con el derecho a la práctica de la prueba. En este sentido, la STC de 12 de diciembre de 2005 establece que <<el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta por las partes, o dejar de practicarla si ésta es admitida, y luego fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba admitida>>.

*Last but not least*, aparece en escena el derecho de valoración de la prueba obtenida que se hará en la sentencia, siguiendo el mandato constitucional del art. 120.3 CE, *las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*. El juez justificará el contenido de la sentencia, no solamente con la existencia de antecedentes de hecho y de derecho, <<sino que tiene que razonar de forma lógica qué

---

<sup>7</sup>Fragmento de una sentencia extraído del artículo de ARIAS RODRÍGUEZ, Principios Constitucionales en el Proceso Civil/Breve examen de algunos aspectos del Derecho a la Tutela en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 22, 1992, op. cit., pp. 501 y ss.

camino ha utilizado o seguido para alcanzar la verdad de los hechos a los que posteriormente aplicará el derecho>><sup>8</sup>.

### **3. LA PRUEBA “CONSTITUCIONAL”. REPERCUSIONES DEL ARTÍCULO 24.2 CE EN EL PROCESO CIVIL Y POSIBLE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DEBERES Y CARGAS DE EXHIBICIÓN DOCUMENTAL**

En claro paralelismo con lo dicho anteriormente, surge la necesidad de proyectar la referida doctrina del TC en el proceso civil, para delimitar el contenido del derecho a la prueba en el mismo<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup>CORTÉS DOMÍNGUEZ, Principios Constitucionales en el Proceso Civil/La Constitución Española y los Principios Rectores en el Proceso Civil en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 22, 1992, op. cit., pp. 137 y ss.

<sup>9</sup><<La prueba, digna de tal nombre, en nuestro tiempo, es la prueba constitucional, es decir, la prueba que se inspira en los postulados de la Norma Fundamental, la cual sirve de cobertura interpretativa y de aplicación para la resolución de las diferentes cuestiones que se susciten en el proceso, en relación con este tema>>, DE URBANO CASTRILLO, Derechos Procesales Fundamentales/El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en *Manuales de Formación Continuada*, número 22, 2004, op. cit., pp. 547 y ss.

La prueba, según la doctrina procesal, se define como <<cualquier operación enderezada a la fijación formal de los hechos>>, CARNELUTTI, *La Prueba Civil*, Traducción de Alcalá Zamora, Buenos Aires, 1955, op. cit., p. 43. <<Ahora bien; cabe que otorguemos el nombre de prueba, en uno u otro sentido, a toda actividad del Juzgador relativa a la fijación formal de los hechos, o que restrinjamos la denominación a aquella actividad de las partes o del Juez por la que se introducen en el proceso hechos nuevos y objetos resultantes de los mismos, de los que pasar a los hechos desconocidos, y a la fase del juicio de hecho destinado a reconstruir la pequeña historia partiendo exclusivamente de estos objetos aportados>>, CARRERAS LLANSANA (con FENECH NAVARRO), *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, op. cit., p. 344. También se define como una actividad de <<obtención de la verdad>> y esta verdad <<tiene grados (...): de verdad formal y de la llamada verdad material>>, FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Barcelona, 1990, op. cit., p. 425.

### **3.1 REPERCUSIÓN DEL ARTÍCULO 24 RESPECTO DEL JUEZ**

La Constitución, en su artículo 24, exige del juez una serie de actuaciones, relacionadas a continuación:

El juez debe admitir cualquier prueba que resulte pertinente. Al hilo de esta cuestión, la pertinencia se convierte en un requisito clásico de la prueba. Actualmente, también resulta importante el requisito de prueba justificada, concepto-válvula [sic] que permite al órgano judicial articular correctamente su decisión sobre la admisibilidad de la prueba<sup>10</sup>.

Asimismo, el juez debe garantizar los mecanismos idóneos para la proposición, admisión y práctica de pruebas. En dicho sentido, resalta la posibilidad de dictar medidas de aseguramiento de la prueba o prueba anticipada; la motivación de la decisión de inadmisión de una prueba; la posibilidad de revisión en la segunda instancia; la práctica de nuevas actuaciones probatorias a través del mecanismo de las diligencias finales, o el derecho de las partes a intervenir en la realización de los distintos actos de prueba<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup>DE URBANO CASTRILLO, *Derechos Procesales Fundamentales/El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa...*, pp. 547 y ss.

<sup>11</sup>Algunos artículos destacados aquí son: art. 435 LEC: *Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:*

*No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.*

*Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.*

*También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.*

*Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de*

Por lo que respecta a la valoración de la prueba, la misma aparece ligada con el principio de inmediación y la necesidad de motivación de su denegación. Se establecen como ejes principales: la exclusión de la denominada prueba ilícita<sup>12</sup>, la resolución sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas y la necesidad de evitar la indefensión en esta fase del proceso<sup>13</sup>.

---

*la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.*

*En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.*

Art. 174 LEC: *Las partes y sus abogados y procuradores podrán intervenir en las actuaciones que se practiquen para el cumplimiento del exhorto. No obstante, las resoluciones que se dicten para el cumplimiento del exhorto sólo se notificarán a las partes que hubiesen designado procurador para intervenir en su tramitación. Si no se hubiera designado procurador, no se harán a las partes otras notificaciones que las que exija el cumplimiento del exhorto, cuando éste prevenga que se practique alguna actuación con citación, intervención o concurrencia de las partes, y las que sean precisas para requerir de éstas que proporcionen datos o noticias que puedan facilitar aquel cumplimiento.*

<sup>12</sup>Existen varios trabajos sobre prueba ilícita. Vamos a citar algunos: ARMENTA DEU, *La Prueba Ilícita (Un Estudio Comparado)*, Madrid, 2011; PICÓ JUNOY, *La Prueba Ilícita y su control judicial en el proceso civil en Revista Justicia*, 2005, III-IV. O, BELLIDO PENADÉS, *Nuevas Tecnologías, Prueba Ilícita y su control mediante los recursos extraordinarios en el proceso civil en Presente y Futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea* (Senés Motilla –coord.–), Navarra, 2010.

<sup>13</sup>Otros artículos de interés son: art. 287 LEC: *Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.*

Art. 285 LEC: *El tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas. Contra esa resolución sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.*

### 3.2 REPERCUSIÓN DEL ARTÍCULO 24 RESPECTO DE LAS PARTES

En principio, las pruebas, en el proceso civil, se practicarán a instancia de parte. No obstante, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen ciertas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo disponga la ley<sup>14</sup>. Las partes podrán solicitar la admisión y práctica de determinadas pruebas, siempre que las mismas sean pertinentes.

Las pruebas se propondrán en la forma y tiempo establecido por la ley. Y deberán ser ejecutadas temporáneamente, imponiendo el art. 288 de la LEC sanciones por no ejecución de la prueba en el tiempo previsto<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup>Sobre la iniciativa probatoria del juez civil se ha hablado mucho entre la doctrina. PICÓ JUNOY dice que <<en la polémica sobre si el juez debe tener iniciativa probatoria deberían evitarse posturas radicales o maximistas para buscar el punto de equilibrio que permita al proceso ser lo más eficaz posible sin sacrificar ninguna garantía constitucional de las partes. Ello se logra permitiendo al juez cierta iniciativa probatoria limitada a los hechos discutidos en el proceso, sobre la base de las fuentes probatorias que ya le consten en las actuaciones, y permitiendo a las partes la plena contradicción en la práctica de la prueba *ex officio iudicis*, pudiendo ampliar su inicial proposición de la prueba. De esta forma, se respetan escrupulosamente los principios dispositivo (en el proceso civil) y acusatorio (en el proceso penal), se asegura la debida imparcialidad judicial, y se protege el derecho de defensa de las partes. Aquí se encuentra el punto de equilibrio entre la iniciativa del juez y la actividad probatoria de las partes: la postura radical negando todo tipo de iniciativa probatoria del juez supone restar eficacia al proceso como instrumento del Estado para la justa tutela de los intereses litigiosos. En definitiva, entiendo que no debe buscarse el garantismo procesal sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia procesal olvidándose las garantías constitucionales del proceso (...)>>, *El Juez y la Prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona, 2007, op. cit., p. 163. Para conocer más aspectos de este tema me remito a DEVIS ECHANDÍA, *La Iniciativa Probatoria del Juez Civil en el proceso contemporáneo en RIDP*, IV, 1967, pp. 68 y ss., o MONTERO AROCA, *El Proceso Civil llamado <<Social>> como instrumento de <<Justicia>> Autoritaria en Proceso Civil e Ideología*, Valencia, 2006, pp. 142 y ss.

<sup>15</sup>Art. 288 LEC: *El litigante por cuya causa no se ejecutare temporáneamente una prueba admitida será sancionado por el tribunal con multa que no podrá ser inferior a 60 euros ni exceder de 600 euros, salvo que acreditase falta de culpa o desistiese de practicar dicha prueba si él la hubiese propuesto. La multa prevista en el apartado anterior se impondrá en el acto del juicio o en la vista, previa audiencia de las partes.*

El tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas propuestas. Contra esa resolución sólo cabrá recurso de reposición y, en el supuesto de desestimarse, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia. La prueba en segunda instancia se considera de carácter excepcional referida únicamente a los casos previstos en el artículo 460 LEC. Son varias las sentencias del TS que hablan precisamente de la prueba en la segunda instancia, aludiendo a su carácter excepcional, como la STS de 18 de noviembre de 1965.

Y, por otro lado, cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Las partes no pueden proponer pruebas ilegales o ilícitas<sup>16</sup>.

### **3.3 FUNDAMENTO DE LOS DEBERES Y CARGAS DE EXHIBICIÓN**

Como se ha comprobado en las páginas precedentes, el derecho a la prueba en el proceso civil, <<comporta no solo la facultad de solicitar la admisión y la práctica de las pruebas pertinentes, sino también la de reclamar su efectividad, así como el deber de mantener

---

<sup>16</sup><<En España, por ejemplo, se utilizan términos como “prueba ilícita”; “prueba prohibida”; “prueba irregular” o “prueba ilegal”, refiriéndolo a circunstancias diversas. Se detecta así un *concepto amplio de prueba ilícita*, cuya nota común es configurarla más allá de la obtenida o practicada con vulneración de derechos fundamentales y otro calificado de *estricto*, que se circunscribe a la infracción de derechos fundamentales (...)>>, ARMENTA DEU, La Verdad en el Filo de la Navaja (Nuevas Tendencias en materia de Prueba Ilícita) en *Revista Ius et Praxis*, número 2, 2007, op. cit., pp. 355-356. Para completar esta visión, véase GONZÁLEZ MONTES, La Prueba obtenida ilícitamente con violación de Derechos Fundamentales (El Derecho Constitucional a la Prueba y sus límites) en *Revista de Derecho Procesal*, número 1, 1990, pp. 31 y ss.

una actitud de colaboración en la práctica de las pruebas>><sup>17</sup>. Descartado, tal como se expondrá en su momento, que las partes queden gravadas con un inexistente deber de colaborar para suministrarse entre ellas los elementos de prueba de que dispongan, es preciso interrogarse si cabe reconducir la carga de la exhibición documental entre las partes al enunciado del precepto constitucional al que hemos dedicado nuestra atención en los epígrafes anteriores.

Soy del parecer que, en efecto, el art. 24.2 CE, en lo referido al derecho a la prueba, ha de ponerse en clara conexión con la referida carga de exhibición documental entre partes. No en el sentido de que el precepto constitucionalice un supuesto derecho de las partes a que sus contrincantes les proporcionen los documentos o medios de prueba de que dispongan, sino en el de contener implícitamente un mandato dirigido al legislador para que apure los medios encaminados a recabar los medios de prueba retenidos injustificadamente por el otro litigante con el objeto de facilitar o hacer posible que aquél pueda obtener la satisfacción procesal de sus derechos. O en todo caso, cabe concluir que el enunciado del art. 24.2 CE -en cuanto al derecho a la prueba- impide que la negativa a proporcionar al otro litigante medios de prueba de los que éste no pueda proveerse de otro modo incida negativamente en la suerte procesal que haya de correr el litigante que sufre dicha resistencia a colaborar.

---

<sup>17</sup>ABEL LLUCH, Sobre la Prueba y el Derecho a la Prueba en el Proceso Civil, en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (directores), *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, Barcelona, 2007, op. cit., p. 41.

Es esta la conclusión a la que llega ORMAZABAL SÁNCHEZ tras el examen de ciertos pronunciamientos del TC referidos a supuestos que tienen en común el hecho de que un litigante niega a otro de modo injustificado su cooperación para obtener un medio de prueba<sup>18</sup>.

La conocida STC 7/1994, de 17 de enero, tiene como antecedentes de hecho el supuesto de un hombre que se niega a someterse a una prueba de extracción de sangre a efectos de determinar su posible paternidad demandada por una mujer que actúa como parte actora. El TS consideraba la no obligación del afectado a someterse a unas pruebas de paternidad y establecía que una actitud reacia a colaborar no equivalía a una *ficta confessio*, resultando necesario presentar otras pruebas. El TC se pronunció de acuerdo a lo siguiente:

<<Como hemos declarado en la STC 227/1991 (RTC 1991/227), fundamento jurídico 5.º, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (...). Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la

---

<sup>18</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo*, Madrid, 2004, pp. 56 y ss.

contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (...).

En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE (...), colocándola en una situación de indefensión.

(...) Afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y -legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa- fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial, que se ampara en la aplicación de reglas formales (las que distribuyen la carga de la prueba ex art. 1124 CC), que en un contexto como el presente devienen formalistas provocando la infracción de las obligaciones que al juzgador impone el mencionado art. 24 CE>>.

El TC, como razona el referido autor, sitúa la cuestión en el ámbito del reparto de la carga probatoria. Ya que el litigante refractario a colaborar en la producción de la prueba frustra con su

conducta el levantamiento de la carga probatoria del otro litigante y éste queda en una situación de completa imposibilidad para hacer prosperar su pretensión, procedería a desplazar al litigante obstruccionista los perjuicios derivados del no esclarecimiento de los hechos, es decir, invertir la carga de la prueba<sup>19</sup>.

Se ve también un reflejo de esta doctrina en la STC 227/1991, de 28 de noviembre. En este caso, <<con la finalidad de acreditar que el causante reunía los requisitos de cotización legalmente exigidos, la actora se dirigió al INSS para que este Organismo expidiera el correspondiente certificado de cotización. El INSS emitió certificación negativa de cotización en relación con el período comprendido entre el mes de junio de 1957 al mes de abril de 1958, reconociendo, no obstante, que el causante había estado en situación de alta durante dicho período. Tal certificación negativa se justificaba por el INSS, como ya se ha dicho, no tanto en una indubitada falta de cotización durante el citado período de tiempo, sino más bien en las dificultades e incluso en la imposibilidad de acceder a los datos correspondientes. En otras palabras, el INSS no negó que el causante hubiera cotizado en el período controvertido, durante el cual, sin duda alguna, estuvo en situación de alta; la certificación negativa no se sustentó, por tanto, en la falta pura y simple de cotización, sino en la existencia de obstáculos y dificultades que a la sazón el INSS tenía para comprobar si las cotizaciones se habían o no efectuado>>.

El Tribunal Constitucional concluye que:

---

<sup>19</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo...*, pp. 56 y ss.

<<No podemos decir lo mismo en lo que atañe tanto al derecho de la actora a obtener una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la Constitución) como, en conexión con el mismo, en lo que afecta al derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2, pues el objeto del presente recurso de amparo no es -frente a lo que alegan el Ministerio Fiscal y la representación del INSS- la valoración de la prueba (de competencia siempre exclusiva de los Tribunales, como tiene declarado este Tribunal), sino si se le ha exigido a la actora una indebida carga de la prueba y si se ha vulnerado el principio de igualdad en la administración de la prueba como consecuencia del incumplimiento por la parte demandada y por el Tribunal Central de Trabajo de las obligaciones procesales de aportación y de exhaustividad en la obtención del material probatorio. Pero es el caso que, con toda evidencia, tales obstáculos y dificultades, debidos sólo a deficiencias y carencias en el funcionamiento del propio INSS, no pueden repercutir en perjuicio de la solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (*allegans propriam turpitudinem non liquet*). A la hora de sustentar su pretensión, la demandante se dirigió al propio INSS para que éste certificase la existencia de cotización y alta, y cabe decir que la recurrente en amparo no tenía razonablemente otra vía para acreditar que el causante reunía el período de cotización legalmente exigido, puesto que a los trabajadores por cuenta ajena no se les facilita copia de los boletines de cotización, como el propio INSS ha reconocido en este proceso constitucional. Por lo que no puede exigirse de aquella un comportamiento imposible y eximir de acreditar la existencia o no de cotización a quien tiene en su mano hacerlo. No cabe, pues, imputar a la actora falta de diligencia en la defensa de su derecho. Antes bien, es el comportamiento exhibido por el INSS el que merece reproche (...)>>.

Pese a situar la cuestión en el ámbito de la carga de la prueba, ORMAZABAL SÁNCHEZ concluye que <<la respuesta que da el TC a estos supuestos y el espíritu que anima las soluciones de la LEC en

materia de interrogatorio de las partes y prueba documental, aunque diferentes, no están, a efectos prácticos, tan alejados. En efecto, en los supuestos de negativa injustificada a responder preguntas o a exhibir documentos, el legislador recuerda al juzgador que puede construir una presunción contra el litigante obstruccionista, aunque no lo fuerza a hacerlo. El TC, sin embargo parece, imponer una inversión de la carga probatoria en perjuicio de quien dificulta u oscurece el esclarecimiento de los hechos. Si el tribunal no da lugar a dicha inversión estaría vulnerando el art. 24.2 CE por gravar a un litigante con una carga probatoria insoportable, imposible de levantar. En el caso de la LEC, los hechos cuyo esclarecimiento se obstaculiza quedan fijados presuntivamente. En la posición del TC, los hechos no quedan fijados pero su falta de fijación perjudica al litigante que frustró la prueba del contrario. Eso sí: en la doctrina del TC la inversión de la carga probatoria se cierne inexorable sobre quien frustró la prueba del adversario, mientras que el establecimiento u operatividad de la presunción del art. 329.1 LEC se condiciona al libre criterio del juzgador>><sup>20</sup>.

En cierto modo, pues del referido precepto constitucional cabe inferir que la negativa injustificada a exhibir documentos debe repercutir negativamente sobre el litigante reacio a colaborar, no sobre quien sufre dicha falta de cooperación, cosa que puede tener lugar a través de una inversión de la carga de la prueba o mediante el establecimiento de presunciones a favor de la parte necesitada del medio probatorio. Esta última es la solución recogida en la LEC, a diferencia de la inversión de la carga de la prueba, contemplada en los

---

<sup>20</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo...*, op. cit., pp. 59-60.

pronunciamientos del TC antes referidos. Aunque la diferencia en términos de naturaleza jurídica sea notable (inversión de la carga de la prueba y presunciones constituyen métodos incomparables de fijación de los hechos relevantes para dictar la sentencia) la finalidad y consecuencias prácticas de ambas soluciones no parecen muy distantes<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup>Sobre clases de inversión de carga de la prueba, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La Carga de Prueba en la Práctica Judicial Civil*, Madrid, 2006, pp. 148 y ss.



## **CAPÍTULO II**

### **LA OBTENCIÓN PREPROCESAL DE DOCUMENTOS: LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA**

#### **1. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES**

##### **1.1 CUESTIONES PREVIAS**

La práctica de la prueba documental, con frecuencia, presenta un problema trascendental: el acceso al documento por parte de quien pretende introducirlo en el proceso. En este capítulo, dedicaremos nuestra atención a la obtención de documentos en fase preprocesal, a través del cauce de las diligencias preliminares o mediante el instituto del aseguramiento de la prueba.

Efectivamente, antes de entrar en los artículos 328 a 333 LEC, dedicados al deber de exhibición documental entre partes y frente a terceros, se hará referencia a las diligencias preliminares como medio de acceso al documento.

Los orígenes de éstas se sitúan en la época del Derecho Romano con las figuras *interrogatio in iure*, *actio ad exhibendum*, *interdictum homine libero exhibendo*, *interdictum de liberis exhibendis*, *interdictum de tabulis exhibendis* y, posteriormente, con las Partidas, siendo, no obstante, una de las instituciones que ha recibido menor

atención normativa<sup>22</sup>. En la actualidad, la LEC recoge el testigo de su predecesora (la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881<sup>23</sup>) y sus artículos 256 a 263 contienen la regulación en materia de diligencias preparatorias del proceso. En términos genéricos, el cauce de las diligencias preliminares será utilizado por el actor para recabar documentos, declaraciones o la exhibición de cosas y así preparar, con absolutas garantías, la demanda. Se trata de documentos, declaraciones o cosas que se hallan en poder de otras personas diferentes del actor. De entre todo el abanico existente de diligencias preliminares, vamos a centrarnos exclusivamente en aquéllas que tienen como fin la exhibición de títulos y documentos que posteriormente pretendan introducirse en el proceso como prueba.

Cabría objetar, llegados a este punto, que la finalidad de las diligencias preliminares no es la obtención de prueba. Como más tarde expondré, sin embargo, creo que este instituto posee diferentes finalidades tales como la adquisición de información o la determinación de la legitimación pero entre las que tampoco cabe descartar categóricamente la obtención de medios y objetos, en muchos casos documentos, que posteriormente podrán ser utilizados como prueba para acreditar los hechos constitutivos.

---

<sup>22</sup>ÁLVAREZ ALARCÓN, Arbitraje, Mediación, Conciliación/Las Diligencias Preliminares de la LEC: Conceptos Generales en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 27, 1995, pp. 59 y ss.

<sup>23</sup>Los artículos 497 a 502 de esta Ley contenían disposiciones acerca de las diligencias preliminares.

## 1.2 TIPOLOGÍA DE LAS DILIGENCIAS EXHIBITORIAS

Son varias las definiciones del término *diligencias preliminares*. Para algún sector de la doctrina, son medidas de investigación de hechos para formular futuras afirmaciones en un juicio<sup>24</sup>. Para otros, son actuaciones dirigidas a preparar mejor el proceso posterior<sup>25</sup>. Y, según una amplia corriente jurisprudencial, son el conjunto de actuaciones de carácter judicial por las que se pide al juez competente la práctica de concretos actos para conocer los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia, o dirigidas a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal, por lo que se trata de un proceso aclaratorio que carece de ejecutabilidad<sup>26</sup>.

Una de las funciones básicas atribuida a las diligencias preliminares es la de determinar previamente la legitimación a través, por ejemplo, de la petición de exhibición de la cosa mueble, del acto de última voluntad, de los libros contables, etc.<sup>27</sup>. Así las cosas, los arts. 256.1.3 y 256.1.6 LEC determinan la legitimación activa y los arts. 256.1.1 y 256.1.5 se refieren a la legitimación pasiva<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup>MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de Prueba Judicial Civil. LEC 1/2000*, Barcelona, 2001, p. 46.

<sup>25</sup>BANACLOCHE PALAO, *Las Diligencias Preliminares*, Madrid, 2003, pp. 17 y ss.

<sup>26</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Granada número 42/2009 (Sección 4), de 13 de marzo (JUR 2009/274922), fundamento jurídico segundo. En igual sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz número 203/2003 (Sección 7), de 30 de abril (AC 2003/2001), fundamento jurídico primero. O, STS de 20 de junio de 1986 (RJ 1986, 3784) y Auto de la Audiencia Provincial de Bizkaia número 425/2005 (Sección 3), de 29 de junio (JUR 2005/203097).

<sup>27</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca número 48/1998, de 21 de octubre (AC 1998/7927), fundamento jurídico primero.

<sup>28</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 15/2009 (Sección 13), de 22 de enero (AC 2009/1185), fundamento jurídico primero.

La LEC, en su art. 256, establece una relación de las clases de diligencias existentes. En una dirección paralela discurría el art. 497 LECA<sup>29</sup>.

Como ya se ha señalado, de todo el elenco de diligencias previstas en el art. 256 LEC<sup>30</sup>, prestaremos especial atención a las que poseen un carácter de exhibición de documentos susceptibles de ser aportados como prueba documental<sup>31</sup>. En este sentido, un juicio podrá prepararse por:

- 1) *Petición del que se considere heredero, coheredero o legatario, de exhibición, por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado (art. 256.1.3).*
- 2) *Petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigidas a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder (art. 256.1.4).*

---

<sup>29</sup>Art. 497 LECA: *Todo juicio podrá prepararse: 1º pidiendo declaración jurada el que pretenda demandar a aquel contra quien se propone dirigir la demanda acerca de algún hecho relativo a la personalidad de éste y sin cuyo conocimiento no pueda entrarse en juicio. 2º Pidiendo la exhibición de la cosa mueble que, en su caso, haya de ser objeto de la acción real o mixta que trate de entablar contra el que tenga la cosa en su poder. 3º Pidiendo el que se crea heredero, coheredero o legatario la exhibición del testamento, codicilio o memoria testamentaria del causante de la herencia o legado. 4º Pidiendo el comprador al vendedor, o el vendedor al comprador, en el caso de evicción, la exhibición de títulos u otros documentos que se refieran a la cosa vendida. 5º Pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la Sociedad o Comunidad al consocio o condueño que los tenga en su poder, en los casos en que proceda con arreglo a derecho (...).*

<sup>30</sup>Para conocer con mayor detalle algunas de estas diligencias, véase RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Los Procesos Declarativos/Las Diligencias Preliminares en Cuadernos de Derecho Judicial*, número 6, 2000, pp. 173 y ss.

<sup>31</sup>Las medidas previstas en el art. 256 LEC se pueden clasificar en diligencias subjetivas, objetivas, para la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial y otras diligencias preliminares previstas en Leyes especiales, véase DÍAZ MARTÍNEZ, *Las Diligencias Preliminares: Supuestos y Requisitos de la Solicitud en Práctica de Tribunales*, número 40, julio-agosto 2007, pp. 21 y ss.

- 3) *Petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder (art. 256.1.5).*
- 4) *O, petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales (art. 256.1.9).*

Sin embargo, el abanico de diligencias de exhibición de documentos no acaba aquí. En virtud de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, contamos con más diligencias de esta naturaleza. En efecto, todo proceso podrá prepararse por:

- 5) *Petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la Ley (art. 256.1.5 bis.). Precisamente, de los interrogantes acerca de la aportación de historiales clínicos nos ocuparemos en un capítulo aparte.*
- 6) *Petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables (art. 256.1.6). Este artículo se refiere a las diligencias de exhibición de documentos sobre los integrantes de un grupo de afectados por un hecho dañoso.*

- 7) *Petición por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de diligencias de obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial (art. 256.1.7).*
- 8) *Petición de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de la exhibición de documentos bancarios, financieros o aduaneros (art. 256.1.8).*

Uno de los aspectos más reseñables que ha supuesto la inclusión de estas nuevas diligencias es que <<cabe ya efectuar una proyección de petición de datos en las infracciones cometidas a través de la red, es decir, a través de Internet>><sup>32</sup>.

Y aunque el art. 256 LEC no mencione que los documentos que precisa el futuro demandante puedan encontrarse en soporte electrónico, nada lo impide<sup>33</sup>.

El antecesor del art. 256, el art. 497 LECA, establecía que todo juicio podría prepararse a) pidiendo la exhibición del testamento,

---

<sup>32</sup>SOLER PASCUAL, *Las Diligencias Preliminares. Notas sobre la Reforma acaecida por la Ley 19/2006, de 5 de junio con relación a los Derechos de Autor e Inventor en Práctica de Tribunales*, número 40, julio-agosto 2007, op. cit., p. 11.

<sup>33</sup>Piénsese, tal y como señala ABEL LLUCH, <<en la necesidad de exhibir un contrato telemático o las cuentas de una sociedad que se encuentran en soporte informático>>, *Prueba Electrónica*, en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (directores), *La Prueba Electrónica, Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba*, Barcelona, 2011, op. cit., pp. 156-157.

codicilo o memoria testamentaria del causante de la herencia o legado por parte de quien se creía heredero, coheredero o legatario. De igual modo, b) la exhibición de títulos u otros documentos que pedía el comprador al vendedor (o viceversa) en el caso de evicción. O pidiendo el socio o comunero c) la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad al consocio o condueño que los tuviera en su poder. Los supuestos de diligencias preliminares, de este art. 497, podían dividirse en dos grandes bloques: la declaración del solicitado y la exhibición por éste de algún documento y otra cosa mueble<sup>34</sup>. Como se ve, discurre por un camino parecido al art. 256 de la Ley procesal actual, si bien con la desaparición de la diligencia relacionada con la exhibición de documentos entre vendedor y comprador en el concreto caso de evicción.

### **1.3 DILIGENCIAS PRELIMINARES EN LEYES ESPECIALES**

#### **1.3.1 LA REMISIÓN A OTROS TEXTOS LEGALES**

Precisa de un particular estudio el art. 256.1.9 LEC, dedicado a las diligencias contenidas en las correspondientes leyes especiales. En primer lugar, es necesario conocer las razones que llevaron al legislador a remitirse a otros cuerpos normativos para una cuestión eminentemente procesal.

Los motivos que pueden explicar dicha ubicación podrían referirse a las particularidades de concepto, finalidad y procedimiento

---

<sup>34</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén número 406/1999 (Sección 1), de 15 de octubre (AC 1999/2313), fundamento jurídico primero.

que presentan estas diligencias expresadas en leyes especiales y que hacen imprescindible un régimen propio más allá del que establece la LEC. De ahí, el tenor literal del art. 263 que dispone que a esta clase de diligencias se aplicarán los artículos de la LEC, 256 y siguientes, en lo que no se oponga a lo dispuesto en la legislación especial sobre la materia de que se trate<sup>35</sup>. La segunda razón para justificar la remisión de la LEC a otros cuerpos normativos para esta cuestión que nos ocupa, se refiere a los aspectos cambiantes de la materia sobre la que versan dichas diligencias. Aspectos cambiantes que provocarían la modificación de la Ley procesal para la que, en principio, se desea una cierta vocación de permanencia.

Cabe plantearse, brevemente, si esta técnica normativa es del todo acertada o no. En contra se puede argumentar que con la remisión de esta cuestión estrictamente procesal se produce una miscelánea de normas y no queda garantizada una unidad de régimen jurídico. A favor puede afirmarse que con esta regulación se tiene en cuenta la especialidad de estas diligencias. Ahora bien, si el riesgo existe en las particularidades de estas diligencias recogidas en leyes especiales, quizás lo más razonable fuera una regulación unitaria en la LEC y que a la vez incluyera las particularidades de las diligencias que ahora aparecen en las leyes especiales que veremos a continuación.

---

<sup>35</sup>GARBERÍ LLOBREGAT, *Las Diligencias Preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2009, p. 60.

### **1.3.2 LAS LLAMADAS DILIGENCIAS DE COMPROBACIÓN DE HECHOS**

Las leyes especiales que contienen normas sobre diligencias preliminares exhibitorias de documentos y que analizaremos son las siguientes: 1) *la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad*, 2) *la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas* y 3) *la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*.

De hecho, el estudio se reduce a una de ellas, la Ley de Patentes y Modelos de Utilidad, puesto que las otras dos remiten a ésta<sup>36</sup>.

Alguna de estas leyes prefiere una denominación distinta a diligencias preliminares, empleando la ya referida denominación de *diligencias de comprobación de hechos*. En este sentido, no hay más que ver el art. 36 de la Ley de Competencia Desleal que aparece bajo la rúbrica de *diligencias preliminares*, si bien la redacción del mismo vuelve a optar por el término diligencias para la comprobación de hechos<sup>37</sup>. Así pues, se utilizan indistintamente ambas expresiones y siguiendo una determinada corriente jurisprudencial, las diligencias

---

<sup>36</sup>Disposición Adicional Primera de la Ley de Marcas: *Las normas vigentes contenidas en el Título XIII de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, respecto de las patentes serán de aplicación a las distintas modalidades de signos distintivos regulados en la presente Ley, en todo aquello que no sea incompatible con su propia naturaleza, a excepción del artículo 128 de dicha Ley.*

<sup>37</sup>Art. 36 de la Ley de Competencia Desleal: *Quien pretenda ejercitar una acción de competencia desleal podrá solicitar del juez la práctica de diligencias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio. Tales diligencias se sustanciarán de acuerdo con lo previsto en los artículos 129 a 132 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, y podrán extenderse a todo el ámbito interno de la empresa.*

de comprobación de hechos de la Ley de Patentes <<son susceptibles de calificarse como diligencias preliminares>><sup>38</sup>.

Ahora bien, lo cierto es que cabría pensar que estas diligencias de comprobación de hechos se aproximan más a diligencias de aseguramiento de la prueba y no a diligencias preliminares. A primera vista, su finalidad es la misma que en el supuesto de las diligencias preliminares de la LEC, a saber, la mejor preparación de la demanda y del juicio con la obtención de información acerca de la posible infracción de normas sobre patentes, marcas o competencia desleal. No obstante, de un estudio más pausado de las diligencias de la Ley de Patentes, como se verá, podría deducirse que estas medidas de comprobación son algo más que simples diligencias preparatorias del proceso.

Y es que, según DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, <<exceden de la finalidad propia de las diligencias preliminares, consistente en la preparación del proceso mediante la obtención de ciertos datos, y se acercan más a la prueba anticipada>><sup>39</sup>.

Sin embargo, son consideradas por la LEC y por las propias leyes sustantivas que las regulan como diligencias preliminares y no como medidas de aseguramiento de la prueba.

---

<sup>38</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Alicante. Sección Octava. Tribunal de Marca Comunitaria, número 8/04, fundamento jurídico segundo.

<sup>39</sup>DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., (con DE LA OLIVA SANTOS), *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 260. En el mismo sentido, GONZÁLEZ MONTES (con ROBLES GARZÓN –director y coordinador-, MONTES REYES, MOLINA CABALLERO, LÓPEZ GIL, BENAVIDES VELASCO, GIMÉNEZ SÁNCHEZ, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, FONTESTAD PORTALÉS y LARA LÓPEZ), *Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2010, p. 264.

Por mi parte, creo que sí se trata de diligencias preliminares porque para ser consideradas medidas de aseguramiento de la prueba debería cumplirse uno de los requisitos para la práctica de este aseguramiento que es el temor de que resulte imposible en el futuro la práctica de la prueba<sup>40</sup>.

Para comprobar la realidad del comportamiento ilícito es preciso recurrir a las diligencias de comprobación de hechos cuyo objeto es conocer la realidad de la infracción.

Como ya diré en otro momento, opino que ni las diligencias preliminares responden a un único fin ni hay que olvidarse que la LEC, además de dichas diligencias, ofrece otros instrumentos para acceder a los documentos, como son las medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba. De los supuestos que pueden contemplar las diligencias preliminares y las medidas de aseguramiento y su relación con el instituto de la exhibición documental hablaremos más adelante.

Tras estas consideraciones, detendremos nuestra mirada en la regulación de la Ley de Patentes.

En virtud del art. 129 LP, la persona legitimada para ejercitar las acciones derivadas de la patente podrá pedir al juez que, con carácter urgente, acuerde la práctica de diligencias para la

---

<sup>40</sup>DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., dice que la diferencia entre estas diligencias de comprobación y la prueba anticipada <<estriba en que aquí no hay un riesgo de que en el futuro la prueba no se pueda practicar, sino la imposibilidad de acceder a la fuente de prueba sin auxilio de la autoridad judicial>>, (con DE LA OLIVA SANTOS), *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 260.

comprobación de hechos que puedan constituir violación del derecho exclusivo otorgado por la patente.

De este artículo 129 y del artículo 130 LP, se pueden deducir dos tipos de diligencias que presentan cierta relación con documentos: a) la exhibición de determinados documentos relevantes para constatar esta violación y b) el juez, en la diligencia de comprobación y con la intervención de peritos, determinará si las máquinas, dispositivos o instalaciones inspeccionadas pueden servir para llevar a cabo la violación alegada de la patente. Una diligencia de exhibición de documentos y una diligencia de inspección de maquinaria y demás instrumentos que se puede considerar, igualmente, como un caso de exhibición de estos dispositivos. Se establece como diligencia de exhibición de documentos la regulada en el art. 129 LP pero dentro de la diligencia de inspección de maquinaria, instalaciones o dispositivos se podrían incluir también sistemas informáticos que hayan servido para realizar la supuesta infracción y entonces nos hallaríamos ante la exhibición de datos almacenados en soporte electrónico.

El juez decidirá sobre el resultado de la diligencia practicada y contra su decisión no se dará recurso alguno. Y la parte afectada por la práctica de esta diligencia podrá solicitar de la parte que la instó los gastos y daños que se le hubieren ocasionado<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup><<A tenor de su configuración legal (art. 129 LP), las diligencias de comprobación exigen para su adopción: a) que sea solicitada por quien esté legitimado para ejercitar las acciones derivadas de la patente; b) que por las circunstancias del caso sea presumible la violación de la patente, esto es, que existan indicios de la infracción alegada (...); c) que no sea posible comprobar la realidad del comportamiento ilícito sin recurrir a las diligencias interesadas>>, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 232/2007 (Sección 15), de 19 de julio (AC 2008/755), fundamento jurídico tercero.

Es de especial interés el último apartado del art. 129.1. La persona legitimada podrá pedir al juez la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que puedan constituir una violación del derecho otorgado por la patente, *sin perjuicio de las que puedan solicitarse al amparo del artículo 256.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

Y es que la LEC a partir de su reforma de 2006, ha introducido la petición de diligencias relacionadas con la exhibición de documentos en materia de propiedad industrial y de propiedad intelectual o con el interrogatorio para la obtención de datos en igual materia (propiedad industrial e intelectual). Hasta la Ley 19/2006, coexistían estas diligencias de comprobación de hechos de la LP y las diligencias preliminares de la LEC. La cuestión ahora es saber, a raíz de esta ley del 2006, cuándo proceden las diligencias de comprobación de hechos reguladas por la LP y cuándo las diligencias preliminares de los ordinales 7 y 8 del art. 256.1 LEC.

Una posible interpretación al respecto podría ser que las primeras están destinadas a averiguar si se ha producido una infracción del derecho exclusivo otorgado por la patente. Y las segundas, las diligencias preliminares de la LEC, se emplearían para obtener información comercial. Es necesario delimitar, con mayor profundidad, la esfera objetiva de todas estas diligencias. <<Una posibilidad de delimitar los objetos de ambas diligencias consistiría en entender que la diligencia regulada en el art. 256.1.7 LEC sólo podrá acordarse cuando se trate de actos desarrollados a escala comercial,

---

entendiendo por tales aquellos que se presentan como más graves por su entidad objetiva y subjetiva. De este modo, la diligencia de comprobación de hechos que prevé el art. 130 LP quedaría limitada para aquellas infracciones de derechos de propiedad industrial de menor entidad o perjuicio o, si se prefiere, de carácter tradicional, individualizado o artesanal>><sup>42</sup>.

Así formulado, parece claro que habrá serios problemas de interpretación a efectos de deslindar qué se entiende específicamente por actos desarrollados a escala comercial, haciéndose preciso buscar otros criterios diferenciadores. En esta dirección, CUCARELLA GALIANA manifiesta que las diligencias del art. 130 LP quedan <<restringidas a la constatación por el juez de la adecuación de ciertos instrumentos e instalaciones para la infracción de una patente de procedimiento, no resultando aplicable para las patentes de producto>><sup>43</sup>.

De los articulados de ambos textos normativos (LEC y LP) se comprueba la existencia de más diferencias entre unas y otras diligencias. Una de las distinciones más claras es la posibilidad de adoptar medidas de intervención, como la entrada y registro, en el caso de las diligencias de la LEC. En el supuesto de las diligencias de la LP, se podría actuar por analogía pero existiría el riesgo de adoptar una medida de esta naturaleza sin que esté previsto expresamente.

---

<sup>42</sup>ARMENGOT VILAPLANA, *Las Nuevas Diligencias Preliminares y las Especialidades en Materia Probatoria introducidas por la Ley 19/2006 en la LEC en Revista General de Derecho Procesal*, número 13, octubre 2007, op. cit., p. 8.

<sup>43</sup>CUCARELLA GALIANA, *El Proceso Civil en Materia de Patentes*, Granada, 1999, op. cit., pp. 324-325.

Por lo tanto, y como resumen de todo lo anterior, se puede decir que existen diversas interpretaciones para saber cuándo proceden unas y otras diligencias (interpretaciones referidas a la finalidad que persiguen las diligencias de la LEC y las diligencias de la LP o a las consecuencias que se producen ante la negativa a practicar cada una de estas diligencias). A pesar de lo dicho, no se puede ignorar que estas interpretaciones presentan considerables lagunas a las que hemos prestado atención en párrafos precedentes.

#### **1.4 EFECTOS DE LA NEGATIVA A LLEVAR A CABO LAS DILIGENCIAS**

##### **1.4.1 GENERALIDADES**

Una vez determinadas las diligencias exhibitorias de documentos, en la solicitud se expresarán los fundamentos de éstas (o de otras diligencias) con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiere preparar, <<no bastando una vaga y genérica indicación de que se pretenden ejercer acciones legales o de que se trata de depurar responsabilidades>><sup>44</sup>. Y el solicitante ofrecerá caución para responder de los gastos y daños ocasionados por la práctica de las diligencias. Los arts. 258 a 260 LEC contienen la regulación relativa a la decisión sobre las diligencias preliminares, la citación para su práctica y la oposición a la misma por parte de la persona requerida<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Granada número 42/2009 (Sección 4), de 13 de marzo (JUR 2009/274922), fundamento jurídico segundo.

<sup>45</sup>Art. 258: *Si el tribunal apreciare que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, accederá a la pretensión,*

Después de estos pasos, lo que nos interesa verdaderamente aquí es el redactado del art. 261 LEC, y algunos de sus apartados, sobre la *negativa a realizar las diligencias* y sus efectos:

2) *Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciar que hay indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar y en caso de encontrarse se procederá a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante en la sede del tribunal.*

---

*fijando la caución que deba prestarse. El tribunal rechazará la petición de diligencias realizada, si no considerare que éstas resultan justificadas. La solicitud deberá resolverse en los cinco días siguientes a su presentación. Contra el auto que acuerde las diligencias no se dará recurso alguno. Contra el que las deniegue, cabrá recurso de apelación. Si la caución ordenada por el Tribunal no se prestare en tres días, contados desde que se dicte el auto en que conceda las diligencias, se procederá por el Secretario judicial, mediante decreto dictado al efecto, al archivo definitivo de las actuaciones.*

*Art. 259: En el auto en el que se acceda a la solicitud, se citará y requerirá a los interesados para que, en la sede de la Oficina judicial o en el lugar y del modo que se consideren oportunos, y dentro de los diez días siguientes, lleven a cabo la diligencia, que haya sido solicitada y acordada. Para el examen de los documentos y títulos a que se refieren las diligencias señaladas en el apartado 1 del artículo 256, el solicitante podrá acudir a la sede de la Oficina judicial asesorado por un experto en la materia, que actuará siempre a costa del solicitante. En el caso de las diligencias del artículo 256.1.7, para garantizar la confidencialidad de la información requerida, el tribunal podrá ordenar que la práctica del interrogatorio se celebre a puerta cerrada. Esta decisión se adoptará en la forma establecida en el artículo 138.3 y a solicitud de cualquiera que acredite interés legítimo. La información obtenida mediante las diligencias de los números 7 y 8 del apartado 1 del artículo 256 se utilizará exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual del solicitante de las medidas, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.*

*Art. 260: Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que reciba la citación, la persona requerida para la práctica de diligencias preliminares podrá oponerse a ellas y en tal caso, se citará a las partes para una vista, que se celebrará en la forma establecida para los juicios verbales. Celebrada la vista, el tribunal resolverá, mediante auto, si considera que la oposición es justificada o si, por el contrario, carece de justificación. Si el tribunal considerare injustificada la oposición, condenará al requerido al pago de las costas causadas por el incidente. Esta decisión se acordará por medio de auto contra el que no cabrá recurso alguno. Si el tribunal considerare justificada la oposición, lo declarará así mediante auto, que podrá ser recurrido en apelación.*

4) *Si se hubiera pedido la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante.*

5) *Y, tratándose de los supuestos del art. 256.1.6, ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, y lo mismo se dispone ante la negativa a exhibir historiales clínicos y demás documentos en materia de propiedad intelectual e industrial.*

Estos efectos nada tienen que ver con los dispuestos en el art. 501 LECA, el cual establecía que ante la negativa de la persona requerida, sin justa causa, a la exhibición de títulos y documentos del art. 497, ésta únicamente sería responsable de los daños y perjuicios que se originen al actor. Más allá de la responsabilidad por daños y perjuicios no disponía nada más, dejando una laguna normativa considerable, al no contemplar ningún mecanismo alternativo (como sí ocurre ahora, por ejemplo, con la medida consistente en la entrada y registro) para lograr la práctica de la diligencia. En este sentido, nuestra actual LEC arroja luz sobre este aspecto, imponiendo unas consecuencias de efectividad muy superiores a la responsabilidad por daños y perjuicios<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Granada número 42/2009 (Sección 4), de 13 de marzo (JUR 2009/274922), fundamento jurídico segundo. AGUILERA MORALES establece que <<lo primero que llama la atención en torno a aquellas diligencias es el hecho mismo de su regulación. Y esto por dos motivos. El primero es que -como se pone de relieve en la Exposición de Motivos- las diligencias preliminares establecidas en la LEC de 1881 <<no distaban mucho del completo desuso>>, dadas, de una parte, la deficiente regulación que de ellas se hacía en la vetusta Ley, y, de otra parte, y sobre

Sin embargo y tras trazar este marco general, en los próximos epígrafes se procederá a hacer una referencia expresa de las dudas que plantean algunos de estos efectos del art. 261 LEC.

#### **1.4.2 REFERENCIA EXPRESA A LA ORDEN DE ENTRADA Y REGISTRO**

Una de las consecuencias de la negativa a colaborar con la práctica de las diligencias es la orden de entrada y registro del lugar en el que presumiblemente se encuentren los documentos y títulos. A continuación, vamos a analizar esta medida.

El requisito para llevar a cabo esta orden del tribunal es que existan indicios suficientes que conduzcan a pensar que los documentos y títulos pueden hallarse en un determinado lugar. ¿Pero estamos ante una medida proporcional y adecuada?

De lo que no hay duda es de que el régimen de efectos anudados a la negativa a realizar la diligencia acordada ha supuesto un paso adelante respecto de la LECA, la cual sólo preveía la responsabilidad por daños y perjuicios y no establecía ningún otro mecanismo para lograr la práctica de la diligencia. En este sentido, el avance de la LEC ha sido notable porque ahora sí se prevé una alternativa para llevar a cabo la diligencia y no dejarla sin efecto. Pero, al mismo tiempo, estos nuevos mecanismos coercitivos de la LEC (la orden de entrada y registro o la responsabilidad penal en que

---

todo, por las escasas consecuencias previstas para el evento de que el requerido se negase a llevar a cabo los comportamientos preparatorios solicitados por el interesado. En este estado de cosas, es evidente, que la opción del legislador podría perfectamente haber pasado por prescindir de aquel instituto (...)>>, *Las Diligencias Preliminares en Tribunales de Justicia*, número 4, abril 2001, op. cit., p. 25.

se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial) afectan de lleno a derechos fundamentales<sup>47</sup>. Buena parte de la polémica que ocasionó la orden de entrada y registro fue provocada por la posibilidad que brindaba la LEC, cuando entró en vigor, de que pudiera adoptarse mediante providencia y sin la suficiente motivación.

No tardaron en alzarse voces de algunos autores contrarios a la adopción de la medida<sup>48</sup>.

En la actualidad, tras una de las últimas reformas de la LEC, operada por la Ley 19/2006, además de ampliarse el número de diligencias (exhibición de historiales clínicos, documentos bancarios, financieros y otros datos relacionados con el derecho de propiedad industrial e intelectual) también se ha visto superada la severa crítica de adoptar una medida de este calibre (entrada y registro) mediante providencia, ya que el nuevo art. 261 LEC dice que se acordará mediante auto. Por lo tanto y una vez superadas las fuertes críticas iniciales, hay que examinar otras perplejidades que plantea el establecimiento de una medida así a efectos de determinar si se puede considerar apropiada o no.

En este sentido, se ha hablado de la falta de precisión de la norma que llevaba a efectuar registros en lugares en los que no había

---

<sup>47</sup>BELLIDO PENADÉS, Comentarios a los artículos 256 a 263 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en GIMENO SENDRA (dir.), *Proceso Civil Práctico* III-2, Madrid, 2010, p. 154-5.

<sup>48</sup>LORCA NAVARRETE encabezó las críticas a la adopción de la medida, eso sí admitiendo que el Consejo General del Poder Judicial declaró la constitucionalidad del precepto en el que se recoge esta medida (entrada y registro), La Regulación de las Diligencias Preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una Regulación Inconstitucional en *Diario La Ley* número 5146, de 22 de septiembre de 2000, p. 1929.

suficientes garantías de encontrarse los títulos y documentos, lo cual podía colisionar con el derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>49</sup>. Pero, una vez más, esta incertidumbre ha dejado de tener sentido ya que la nueva redacción del artículo 261.2 LEC establece que el tribunal adoptará la medida si aprecia *indicios suficientes* de que los documentos se encuentran en un lugar determinado.

De igual modo, cabe afirmar categóricamente que se trata de una medida adecuada si se adapta con fundamento en los siguientes presupuestos: la previsión normativa (art. 18.2 CE), la adopción en el marco de un proceso, es decir, la jurisdiccionalidad (en el sentido de que la medida debe ser adoptada por un órgano jurisdiccional y en el seno de un proceso), y la sujeción al principio de proporcionalidad *stricto sensu* (abarcando un triple aspecto: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto)<sup>50</sup>.

Por lo que respecta a la previsión normativa, el art. 18.2 de nuestra Constitución es claro expresando que el *domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*. La medida de entrada y registro es adoptada en un proceso y por un órgano jurisdiccional, pero no consta literalmente la exigencia de que sólo pueda llevarse a cabo en relación con un proceso penal, sin que, en principio, existan inconvenientes u obstáculos a que la medida sea adoptada en relación con otras clases de procedimientos ya que el único requisito es la

---

<sup>49</sup>GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Comentario al artículo 261, en CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA y TAPIA FERNÁNDEZ (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I, Navarra, 2001, p. 969.

<sup>50</sup>ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2010, pp.141-142. Y STC 49/1999, fundamento jurídico séptimo.

jurisdiccionalidad<sup>51</sup>, y con respecto a la sujeción al principio de proporcionalidad, una medida de estas características en el supuesto al que nos estamos refiriendo podría resultar idónea puesto que su práctica tiene la finalidad de acceder a documentos y títulos para ser objeto de exhibición y asegurar el derecho de los litigantes a proveerse de los medios de prueba necesarios para hacer prosperar la tutela judicial que persiguen. En el sentido estricto de proporcionalidad y haciendo una ponderación de intereses, la medida podría ser útil y necesaria siempre que se cumpla el presupuesto de la existencia de indicios suficientes que hagan pensar que en el lugar correspondiente se encuentran los documentos. La justificación de estos indicios es lo que conducirá a la motivación de la resolución, otra de las exigencias para la adopción de una medida de esta naturaleza<sup>52</sup>.

Para acordar esta medida hay que distinguir entre la entrada y registro en domicilio considerado como residencia habitual y en otros domicilios especiales ya que los requisitos exigidos podrían tener un alcance distinto<sup>53</sup>. La doctrina del Tribunal Constitucional no ha ofrecido un concepto de domicilio a los efectos del art. 18.2 CE<sup>54</sup>. Sin embargo, lo cierto es que dentro de la consideración de *domicilio* pueden tener cabida muy variadas esferas o lugares, desde todo tipo

---

<sup>51</sup>STC 22/1984 de 17 de febrero.

<sup>52</sup>STC 126/1995 de 25 de julio.

<sup>53</sup>En el mismo sentido, CABEZUDO BAJO, La <<Negativa>> a la Práctica de las Diligencias Preliminares en *Práctica de Tribunales*, número 40, julio-agosto 2007, pp. 40 y ss.

<sup>54</sup>SSTC 22/1984, de 17 de febrero, 37/1988, de 15 de febrero, 94/1999, de 31 de mayo, 238/2000, de 27 de noviembre y 10/2002, de 17 de enero.

de viviendas hasta cuevas, lugares movibles, habitaciones de hotel, camarotes de barcos, etc.<sup>55</sup>.

A mi juicio y al hilo de todo lo expuesto se trata en sí mismo de considerarla una medida perfectamente constitucional en el seno de un proceso civil<sup>56</sup>. Y apropiada porque al llevarla a cabo puede verse no frustrada la práctica de la diligencia preliminar y lograr así unas consecuencias más efectivas que el simple resarcimiento de daños y perjuicios que proponía la LECA.

---

<sup>55</sup>SSTS 20 de julio de 1993, 16 de septiembre de 1993, 29 de noviembre de 2001 y 28 de febrero de 2003. <<No obstante, también el Tribunal Supremo ha hecho suyo el concepto constitucional, más amplio y generoso que el gramatical, de domicilio. Este concepto le ha servido al TS para ir acotando en infinidad de resoluciones lo que se debe considerar y lo que no se debe reputar domicilio (...)>>. Hay una serie de casos particulares a destacar, por lo que respecta a habitaciones de hoteles o pensiones, sí serían consideradas como domicilio; referente a automóviles y otros medios de locomoción son considerados, de entrada, no como domicilios sino como objetos de investigación, si bien sí puede serlo una furgoneta-caravana y no los camiones que llevan un pequeño habitáculo para descansar; sobre bares y cafeterías (y establecimientos comerciales), aparecen excluidos por estar abiertos al público, sin embargo, hay que distinguir el bar de otras dependencias del mismo inmueble que sean el domicilio efectivo de quienes regentan el local; en cuanto a dependencias y lugares anejos de casa habitada, un trastero no es domicilio en el sentido de espacio de especial protección constitucional, tampoco son domicilio una nave ganadera, el garaje de una casa, etc.; respecto a las casas deshabitadas y viviendas precarias, las primeras no son domicilio (pero una cueva sí es domicilio y también una tienda de campaña) y las segundas pueden considerarse domicilios; el domicilio constitucionalmente protegido comprende las viviendas, con independencia de que se trate de la principal o de segundas viviendas; en lo que concierne a las celdas penitenciarias, las mismas no se consideran domicilio; para los despachos y oficinas es necesario estudiar caso a caso, y, finalmente, el domicilio de las personas jurídicas respecto del cual hay que decir que <<no se puede hablar por tanto *stricto sensu* de un derecho fundamental a la intimidad de las personas jurídicas, lo que no quiere decir que no sea precisa una protección de la intimidad de las personas jurídicas para de este modo salvaguardar plenamente la intimidad de las personas físicas titulares de las mismas>>, RODRÍGUEZ SOL, *Registro Domiciliario y Prueba Ilícita*, Granada, 1998, op. cit., pp. 23 y ss.

<sup>56</sup><<Cuando los títulos o documentos cuya exhibición se solicita sean documentos sucesorios que se hallen en poder de notario el procedimiento adecuado para obtener la exhibición de la disposición testamentaria no es el requerimiento, ni la orden de entrada y registro, sino el acorde con las disposiciones contenidas en la normativa notarial>>, SAMANES ARA, *Las Partes en el Proceso Civil*, Madrid, 2000, op. cit., pp. 107-108.

### 1.4.3 LA OPOSICIÓN A LA PRÁCTICA DE LAS DILIGENCIAS

#### PRELIMINARES

En virtud del art. 260 LEC, *dentro de los cinco días siguientes a aquel en que reciba la citación, la persona requerida para la práctica de las diligencias preliminares podrá oponerse a ellas*<sup>57</sup>. También, la LECA, en su art. 501, regulaba un mecanismo de oposición a la práctica de las diligencias<sup>58</sup>.

La regla introducida por este art. 501 fue objeto de numerosas críticas <<por la complicación que introducía en una tramitación hasta entonces elemental y sencilla (...)>><sup>59</sup>. A diferencia del actual art. 260 LEC, que sí dispone cómo debe plantearse la oposición, el art. 501, nada preveía al respecto, si bien son varios los autores que apostaban por una verificación formal (no bastaba con una simple negación, debían aportarse razones suficientes para rebatir la justa causa de la diligencia preliminar)<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup>Art. 260 LEC: *Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que reciba la citación, la persona requerida para la práctica de diligencias preliminares podrá oponerse a ellas y en tal caso, se citará a las partes para una vista, que se celebrará en la forma establecida para los juicios verbales. Celebrada la vista, el tribunal resolverá, mediante auto, si considera que la oposición es justificada o si, por el contrario, carece de justificación. Si el tribunal considerare injustificada la oposición, condenará al requerido al pago de las costas causadas por el incidente. Esta decisión se acordará por medio de auto contra el que no cabrá recurso alguno. Si el tribunal considerare justificada la oposición, lo declarará así mediante auto, que podrá ser recurrido en apelación.*

<sup>58</sup>Art. 501 LECA: *El que se niegue sin justa causa a la exhibición de que tratan los casos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del artículo 497 será responsable de los daños y perjuicios que se originen al actor, el cual podrá reclamarlos juntamente con la demanda principal. Si el requerido se opusiere a la exhibición, se sustanciará y decidirá su oposición por los trámites establecidos para los incidentes.*

<sup>59</sup>GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Madrid, 1945, op. cit., pp 171-172.

<sup>60</sup>ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las Diligencias Preliminares del Proceso Civil*, Barcelona, 1997, p.142. MANRESA NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, Tomo II, Madrid, 1910, pp. 478-485. SILVA MELERO, *Exhibición de Cosas y Documentos en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo IX, Barcelona, 1958, p. 242.

Las dudas acerca del plazo que tenía el requerido para formular la oposición, las resuelve, de manera directa, el art. 260 concediendo un plazo de cinco días para oponerse. Existían otras dudas relativas a la forma de interponer la oposición superadas por la actual LEC como su cauce adecuado, no considerándose adecuada la llamada contestación al requerimiento porque en ella no había oportunidad para la suficiente argumentación ni la posibilidad de acompañarla con los documentos oportunos<sup>61</sup>. En la actual LEC, la oposición se configura como una negativa al requerimiento de las diligencias.

Es interesante, asimismo, destacar el contenido del art. 500 LECA, el cual establecía que en el caso 3.º del art. 497 la persona requerida no estaba obligada a la exhibición del documento si designaba en el acto de ser requerida el protocolo o archivo donde se hallaba el original. Esta “excusa”, como la califica PRIETO-CASTRO, entre otros, podía extenderse a demás supuestos del art. 497 y no solamente para el caso de exhibición del testamento, codicilo o memoria testamentaria<sup>62</sup>.

Algo similar ocurre con el art. 265.2 LEC que regula la carga de aportación de documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto junto con la demanda o contestación, indicando que *sólo cuando las partes no puedan disponer de los documentos, medios o instrumentos en el momento de la presentación de su demanda o contestación, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentran, o el*

---

<sup>61</sup>ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las Diligencias Preliminares del Proceso Civil...*, p. 143.

<sup>62</sup>PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1985, p. 347.

*registro, libro registro, actuaciones y expediente del que se pretenda obtener una certificación*<sup>63</sup>.

Volviendo, de nuevo, a los efectos que se derivan de la negativa a llevar a cabo las diligencias, y en particular, los recogidos en los arts. 261.2 y 261.5, que contemplan la posibilidad de requerir a la persona que no formule oposición ni atendiese el requerimiento de exhibición de títulos y documentos o de colaboración en la determinación de los integrantes de un grupo, cabe afirmar que en comparación con lo establecido por la LECA, hubiese sido apropiado, añadir a los ordinales 2 y 5 del art. 261, uno de los apartados del art. 571 de la anterior Ley de Enjuiciamiento que trataba, precisamente, del *registro de papeles* disponiendo que *para el reconocimiento de libros y papeles de los litigantes no se citará previamente a la parte a quien pertenezcan*<sup>64</sup>. Porque en la regulación actual de las diligencias preliminares, los arts. 259 y 260 LEC optan por la citación para la práctica de las diligencias y la oposición a la misma y es que, en ocasiones, el retraso derivado de la audiencia puede acarrear consecuencias negativas para la eficacia de la diligencia e, igual, que no prever para el supuesto de entrada y registro (arts. 261.2 y 261.5 LEC) la posibilidad de no poner sobre aviso al destinatario de la

---

<sup>63</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca número 34/2002, de 5 de marzo (JUR 2002/127207), fundamento jurídico segundo. Véase también ORTELLS RAMOS (con MASCARELL NAVARRO, CÁMARA RUIZ, BONET NAVARRO, BELLIDO PENADÉS, CUCARELLA GALIANA y MARTÍN PASTOR), *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 2001, p. 296.

<sup>64</sup>FENECH NAVARRO, *Derecho Procesal Civil. Introducción. Procedimientos Ordinarios de Declaración y de Ejecución*, Madrid, 1979, p. 156.

medida puede originar casos de ocultación, alteración o falsificación de documentos<sup>65</sup>.

Llegados a este punto, podríamos preguntarnos si cabe realizar una aplicación analógica del art. 298.5 LEC, reformado por la Ley 19/2006, que establece que no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores del mismo precepto sobre aseguramiento de la prueba, *cuando sea probable que el retraso de la audiencia previa ocasione daños irreparables al derecho del solicitante de la medida o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica si así se solicita, el tribunal podrá acordar la medida sin más trámites*. Ahora bien, si la medida de aseguramiento se hubiera adoptado sin audiencia previa, quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido o quien hubiera de soportarla podrán formular oposición en el plazo de veinte días, desde la notificación de la providencia que la acordó. Con este matiz del art. 298.5 aplicado al art. 261 LEC (ordinales 2 y 5) en el sentido de que cuando pudieran existir situaciones de riesgo que así lo aconsejaran, el registro de títulos y documentos pudiera llevarse a cabo sin citación previa, se podrían evitar alteraciones de documentos, en términos similares a los del art. 571 LECA.

Destaca la relevancia de esta novedad en el caso de los documentos electrónicos que podrían verse fácilmente manipulados si se dispone de un tiempo para avisar a la parte a quien pertenezcan. Y me refiero específicamente a los documentos informáticos dado que

---

<sup>65</sup>Comparto la opinión de ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, Madrid, 2000, p. 112.

por sus características y lo avanzado de las nuevas tecnologías, pueden existir multitud de mecanismos y técnicas para adulterarlos, manipularlos, modificarlos, inutilizarlos o destruirlos. En estos casos, es cuando toma más fuerza y sentido, la oportunidad de no citar a la parte a quien pertenezcan, como ocurre con el caso de las medidas de aseguramiento de la prueba que pueden ser adoptadas sin trámite alguno de citación. De estas medidas de aseguramiento de la prueba y, en particular, de su adopción *inaudita parte* se hablará, ampliamente, más adelante. En consecuencia, parece conveniente que el legislador se plantee la opción de realizar el registro sin previa citación de la contraparte.

#### **1.4.4 EL DISTINTO TRATAMIENTO ANTE LA FALTA DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS CONTABLES**

Según el art. 261.4 LEC, la falta de exhibición de documentos contables provoca que el tribunal pueda tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante. A raíz de ello, hay que preguntarse el porqué de este tratamiento distinto en comparación con la negativa a exhibir títulos y documentos de índole diferente a los contables y ante la cual, como se ha explicado anteriormente, tiene lugar la orden de entrada y registro del sitio en el que previsiblemente se encuentren los referidos títulos y documentos.

Este precepto fue objeto de diferentes enmiendas durante la tramitación parlamentaria. En el Proyecto de Ley, aparece la fórmula de que, en el supuesto de negativa a la exhibición de los documentos

contables, *se tendrán por ciertos*, a los efectos del proceso posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante. Y en las enmiendas se propuso redactar el precepto en modo potestativo: *se pueden tener por ciertos*<sup>66</sup>.

ORMAZABAL SÁNCHEZ alude a una opción de política legislativa que el legislador es libre de tomar y, al mismo tiempo, al especial y grave deber de llevar con el más absoluto rigor la contabilidad por parte de las sociedades o comunidades, lo que implicaría el diferente trato<sup>67</sup>.

BANACLOCHE PALAO, por su parte, cree que existe compatibilidad entre los arts. 261.2, 261.4 y 261.5 en el sentido de que la medida de entrada y registro se establece para todas las diligencias en las que se haya solicitado la exhibición de títulos y documentos, sin límite alguno<sup>68</sup>.

DE LA OLIVA SANTOS y CORDÓN MORENO, en relación con el art. 603 LECA, eran partidarios de considerar errónea la doctrina que, *a fortiori*, al quedar obligados los terceros a la exhibición de documentos de su propiedad exclusiva, igualmente, quedaban

---

<sup>66</sup>La enmienda número 1188 que presenta el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, a los efectos de modificar la primera medida del artículo 261, tiene como propuesta de redacción (art. 261.1º), *si se hubiera pedido declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación, o legitimación del citado, se podrán tener por respondidas afirmativamente (...)* y la justificación de ello es <<por considerar que el tratamiento obligatorio por parte del Juez de la ficta confessio resulta demasiado excesivo, ya que elimina toda la capacidad de actuación del órgano jurisdiccional>>. Y en el caso de la enmienda acerca de la negativa a la exhibición de los documentos contables, la justificación era en coherencia con la enmienda anterior, BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, 26 de marzo de 1999, número 147-9, pp. 520 y 521.

<sup>67</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, p. 113.

<sup>68</sup>BANACLOCHE PALAO, *Las Diligencias...*, p. 205.

obligados los litigantes con mayor razón, aunque el precepto no lo dijera<sup>69</sup>. Personalmente, por la misma razón, considero errónea la doctrina según la cual, la medida consistente en la entrada y registro se puede aplicar ante la falta de exhibición de cualquier clase de documentos (de última voluntad, contables, etc.). La LEC no expresa que en el supuesto de la no exhibición de documentos contables se procederá a la entrada y registro de un lugar determinado, siempre y cuando existan indicios suficientes de que los documentos se encuentran ahí. En cambio, sí que expresa que se podrán tener por ciertos las cuentas y datos que aporte el solicitante. El legislador si hubiera querido optar, también en este caso, por la entrada y registro lo hubiera incluido en el artículo, tal y como hace con los otros preceptos. Hay un silencio y el mismo se interpreta conforme que si se trata de documentos contables no se procederá a la entrada y registro como medida resultante de la no colaboración con la práctica de la diligencia.

Por otra parte, convengo con lo dicho sobre que el trato diferenciado puede deberse al grave deber de llevar una ordenada contabilidad. El art. 25 del Código de Comercio dispone precisamente la necesidad por parte del empresario de llevar una ordenada contabilidad que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones. Además, el mismo código exige la presentación de los libros de contabilidad al Registro Mercantil y los mismos deben aparecer con orden de fechas y sin tachaduras, interpolaciones, espacios en blanco, es decir, los datos se harán constar con rigor y

---

<sup>69</sup>DE LA OLIVA SANTOS (con FERNÁNDEZ), *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1997, p. 367. Y CORDÓN MORENO, Comentario a los artículos 328 y 329 LEC en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2011, p. 1455.

claridad. Y el valor probatorio de estos libros y documentos contables, en virtud del art. 31, será el apreciado por los tribunales conforme a los principios generales del Derecho<sup>70</sup>.

Las comunidades de bienes, en particular, presentan como obligaciones contables por lo que concierne a la estimación directa normal: libro de inventarios y cuentas anuales, libro diario, libro mayor (no obligatorio pero recomendable); por lo que respecta a la estimación directa simplificada: libro registro de ventas e ingresos, libro registro de compras y gastos, libro registro de bienes de inversión, y referente a la estimación objetiva: conservación de facturas emitidas, conservación de facturas recibidas y conservación de justificantes de signos, índices y módulos. Las mismas obligaciones se presentan para las sociedades civiles y las sociedades anónimas y limitadas también deben presentar los correspondientes libros de inventarios y cuentas anuales, diario y mayor, aunque este último no sea obligatorio.

Los libros de los comerciantes en la LECA gozaban de disposiciones propias, configurándolos como uno de los medios de prueba para hacer valer en juicio (además de los documentos públicos y privados)<sup>71</sup>. Y en la actual LEC, una vez regulados estos últimos, el art. 327 contiene la regulación de los mencionados libros que se ajustará, precisamente, a las leyes mercantiles, las mismas que les imponen estos deberes de rigor y ordenación en la elaboración de la

---

<sup>70</sup>DÍAZ FUENTES, *La Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2004, p. 241.

<sup>71</sup>Art. 578 LECA: *Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: confesión en juicio, documentos públicos y solemnes, documentos privados y correspondencia, los libros de los comerciantes que se lleven con las formalidades prevenidas en la Sección 2.ª Título II, Libro I del Código de Comercio, dictamen de peritos, reconocimiento judicial y testigos.*

contabilidad de los empresarios<sup>72</sup>. La intención del legislador, ya del decimonónico, parece ser separar, aunque sea relativamente, el tratamiento de los libros de los comerciantes del resto de los documentos. Digo relativamente porque los libros contables, en la LECA y en la actual LEC, son encuadrables en la categoría de documento privado.

¿Y cuál es el porqué de esta notoria y lejana diferenciación entre los libros de los comerciantes y el resto de los documentos? Para responder a este interrogante, a mi juicio, habría que poner al lector al corriente de ciertos antecedentes históricos, si bien aquí sólo dejaremos apuntada alguna reflexión y en el epígrafe dedicado a la exhibición de los libros de los comerciantes, será analizado, con mayor detalle, el porqué de esta distinción. En España, los Códigos de Comercio datan de antes de la promulgación del Código Civil. Los primeros son de 1829 y 1885 mientras que este último corresponde a 1889. Este hecho constituye por sí mismo un indicador del trato diferenciador que han recibido tradicionalmente, en el derecho español, los libros de los comerciantes.

Ya en la Roma antigua se hablaba de una importante actividad comercial que precisaba de regulación. La opinión mayoritaria era a favor de la separación entre el Derecho mercantil y el Derecho civil. Si bien, más tarde, se produjo una unificación del derecho privado, desapareciendo el Derecho mercantil. Sin embargo, tras esta unificación, <<seguiría existiendo una materia: la empresa, la

---

<sup>72</sup>Art. 327 LEC: *Cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles. De manera motivada, y con carácter excepcional, el tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados.*

actividad empresarial que justificaría la subsistencia de una disciplina científica y académica, estudiada como <<Derecho mercantil>>, separado del <<Derecho civil>><sup>73</sup>. Así las cosas, la actividad de los empresarios (y la contabilidad de los mismos) unido al deber público de contabilidad, <<impuesto en protección de los terceros y del interés público>><sup>74</sup>, ha marcado, históricamente, la identidad del Derecho mercantil y de ahí podría empezar a explicarse el trato particular que reciben estos libros de los comerciantes por constituirse, desde siglos atrás, como la materia que impulsó la separación entre el Derecho mercantil y el Derecho civil.

Otro exponente de este tratamiento diferenciado que reciben los documentos y libros contables puede ser el hecho de que la contabilidad de los empresarios sea secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las Leyes. No se puede hablar de secreto absoluto pero las excepciones a esta exigencia (secreto de la contabilidad) <<han de ser efectivamente tratadas como excepciones, debiendo ser objeto de una interpretación restrictiva>><sup>75</sup>. Es verdad que podemos hablar del *secreto profesional* para otra clase de documentos pero la contabilidad de los empresarios, como regla general, es secreta, cosa que no sucede con otro tipo de documentación. No se puede dejar de tener presente, sin embargo, que esta contabilidad es llevada al registro mercantil y sólo podrá decretarse su comunicación o reconocimiento general en los casos de sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones, expedientes de regulación de empleo o cuando los socios o los

---

<sup>73</sup>VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2005, op. cit., p. 34.

<sup>74</sup>Ibíd., op. cit., p. 164.

<sup>75</sup>MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 2010, op. cit., p. 106.

representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo. Este principio de secreto de la contabilidad tiene considerables excepciones: la publicidad de las cuentas anuales o la potestad de la Administración de acceder a ella para ejercer la función inspectora en materia tributaria.

Por otra parte, cabe poner de relieve si con este art. 261.4 LEC se plantea una inversión de la carga de la prueba o una presunción *iuris tantum*. La regla general es que, tomando como base el art. 217 LEC, corresponde al actor y al demandado que formula reconvencción la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción. Y corresponde al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos.

En mi opinión, la interpretación del precepto conduce a pensar que estamos delante de una presunción *iuris tantum*, de considerar verosímiles los datos aportados por el solicitante de la diligencia. No parece ser, por el contrario, que se produzca una inversión de la carga probatoria. A través del instituto de la inversión de la carga de la prueba se busca solventar situaciones de incertidumbre sobre los hechos controvertidos. Las presunciones, por su lado, no suponen, de entrada, que el actor haya de probar los hechos impositivos, extintivos o excluyentes o que el demandado tenga la carga de probar los hechos constitutivos. Con las presunciones no se invierte la normal carga de la prueba, <<sino que añaden una carga de la

contraprueba que, de ordinario, no existe>><sup>76</sup>. En este caso concreto de *se podrán tener por ciertos los datos aportados por el solicitante*, como decimos, se produce una presunción *iuris tantum* y a ello parece llegarse por una evidencia derivada de una conducta reticente a la exhibición, es decir, la falta de colaboración a exhibir origina consecuencias desfavorables para la parte que ha adoptado esta actitud reacia. Si bien, tampoco debemos olvidar lo analizado al inicio de este trabajo.

## **2. EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA**

### **2.1 EN GENERAL**

Una vez vistas las diligencias preliminares de naturaleza exhibitoria, es momento de referirnos al acceso a los documentos mediante la figura procesal del aseguramiento de la prueba. Aunque cada medio de prueba presenta sus propias singularidades, hay una serie de reglas generales sobre la forma y tiempo de su práctica. De ello se ocupa el art. 289 LEC, el cual contiene la disposición acerca de la forma de practicarse las pruebas, estableciendo que las mismas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se realizarán en la sede del tribunal<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 828/2003 (Sección 4), de 27 de noviembre (JUR 2004/5532), fundamento jurídico segundo. Y DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., pp. 423 y ss.

<sup>77</sup>Art. 289 LEC: *Las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal. Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales. Se llevarán a cabo ante el Secretario judicial la*

Pero cuando exista el riesgo de que una prueba no pueda practicarse si se ajusta a las ordinarias disposiciones de tiempo, nuestra legislación prevé el aseguramiento o anticipación de la prueba.

Estamos ante dos institutos procesales distintos, por un lado, la prueba anticipada que supone el adelantamiento de la práctica de la prueba y, por otro lado, las medidas de aseguramiento de la prueba cuyo ámbito objetivo es la conservación de materiales a efectos de poderse practicar la misma en el tiempo procesal oportuno. Acertadamente, se dice que <<anticipación supone práctica de la prueba antes del momento procesal oportuno, y aseguramiento es garantía para que pueda practicarse en él>><sup>78</sup>.

Por lo que respecta a los preceptos de la LECA que contenían disposiciones sobre estas materias, tal y como establece la Exposición de Motivos de la actual LEC, sólo podemos destacar algunas normas aisladas como son los arts. 502 y 545 que regulaban un caso de anticipación de la prueba testifical (y las causas que lo motivaban eran edad avanzada del testigo, peligro inminente de su vida o proximidad de una ausencia que dificultase la comunicación). Que sólo se regulara la anticipación de la prueba en el caso del interrogatorio de testigos daba lugar a la urgente necesidad de reformar el texto legislativo con el objeto de poder anticipar otros medios de prueba. Las medidas de

---

*presentación de documentos originales o copias auténticas, la aportación de otros medios o instrumentos probatorios, el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado, la formación de cuerpos de escritura para el cotejo de letras y la mera ratificación de la autoría del dictamen pericial, siempre que tengan lugar fuera de la vista pública o el Secretario judicial estuviera presente en el acto. Pero el Tribunal habrá de examinar por sí mismo la prueba documental, los informes y dictámenes escritos y cualesquiera otros medios o instrumentos que se aportaren.*

<sup>78</sup>SACRISTÁN REPRESA, La Prueba/La Prueba Documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 7, 2000, op. cit., pp. 315 y ss.

aseguramiento, por su parte, han resultado desde siempre innominadas y la LECA, en este sentido, parecía regida por la máxima latina *nihil ante litem*. La novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil es que recoge ambas instituciones, actuando las medidas de anticipación como la verdadera práctica de la prueba con anterioridad al inicio del proceso<sup>79</sup>. La LEC incorpora el principio de oralidad como inspirador de todo el sistema procesal civil y la oralidad presupone la existencia de otros principios como el de contradicción, concentración, inmediación y publicidad. Así pues, la prueba anticipada se articula como una excepción al principio de oralidad, concentración e inmediación<sup>80</sup>.

Pese a lo dicho, antes de la iniciación del procedimiento también puede tener lugar otra actividad parecida, las denominadas medidas de aseguramiento de la prueba que actuarán, asimismo, como excepción a las disposiciones generales del tiempo de la prueba. El que pretenda incoar el proceso o cualquiera de los litigantes (durante el curso del mismo), podrá requerir del tribunal la adopción de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante para el proceso. Estas medidas adquieren especial significado para el supuesto de obtención de documentos que serán usados como prueba, en particular, documentos electrónicos. Éstos, al igual que el resto de documentos, pueden estar expuestos a severos peligros de manipulación y, por este motivo, las medidas de aseguramiento de la prueba, en esta sede, no

---

<sup>79</sup>CLEMENTE CASAS, Diligencias Preliminares y Medidas de Anticipación y Aseguramiento de la Prueba en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 12-2005, p. 94.

<sup>80</sup>ASENCIO MELLADO, La Práctica de la Prueba en el Proceso Civil en *El Tribunal Supremo, su Doctrina Legal y el Recurso de Casación*, Madrid, 2007, pp. 569 y ss. y 577 y ss.

resultan una cuestión baladí. En las próximas líneas, nos centraremos en la importancia de estas medidas, sobre todo, de su posible adopción *inaudita parte* en relación con la aportación o exhibición de documentos para ser utilizados como prueba.

## **2.2 CONCEPTO Y PRESUPUESTOS**

Al hilo del art. 297 LEC, las medidas de aseguramiento de la prueba se adoptarán por el tribunal, previa solicitud del que pretenda incoar el proceso o de alguno de los litigantes durante el curso del mismo, para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, puedan destruirse o alterarse objetos materiales o estados de cosas y resulte imposible, de este modo, practicar una prueba relevante en el momento pertinente. O puede suceder, incluso, que carezca de sentido proponerla.

El texto legislativo establece que estas medidas consistirán en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características. Asimismo, podrán dirigirse mandatos de hacer o no hacer con el fin de asegurar una determinada prueba. Y tras la reforma de la LEC operada por la Ley 19/2006, para los supuestos de infracción de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, estas medidas podrán consistir en una descripción detallada o en la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas.

Como dijimos más arriba, estas medidas han presentado desde siempre un carácter de <<innominadas>><sup>81</sup>. Si bien el mismo puede verse compensado con la posterior descripción que hace el art. 297 LEC estipulando en qué consistirán tales medidas de aseguramiento.

Lo que se pretende con ellas es evitar riesgos para el normal desarrollo de la actividad probatoria. Uno de estos riesgos podría ser la conducta del demandado de hacer desaparecer o alterar documentos considerados comprometidos para el mismo y ponerlos, en definitiva, fuera del alcance de la justicia<sup>82</sup>.

Se trata de mantener fuentes de prueba que no tengan naturaleza personal, es decir, las cosas muebles o inmuebles, individualmente consideradas, o las situaciones en que se encuentran esas cosas<sup>83</sup>.

De ahí cabe concluir que los títulos y documentos encajan perfectamente dentro del cometido de estas medidas puesto que por sus características son una de las fuentes de prueba que puede verse más sometida a peligros de desaparición y manipulación (no hay más que pensar en los documentos electrónicos). Por lo tanto, las medidas de aseguramiento son la figura clave para la conservación de documentos relevantes a efectos del proceso y para mantener la realidad de lo plasmado en los mismos, siempre y cuando existan

---

<sup>81</sup>DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 342.

<sup>82</sup>En tal sentido, véase GARBERÍ LLOBREGAT (con BUITRÓN RAMÍREZ), *La Prueba Civil, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios sobre Prueba y Medios de Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2004, pp. 236 y ss.

<sup>83</sup>MONTERO AROCA (con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR), *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Valencia, 2004, p. 281.

situaciones de serio peligro que amenacen la integridad del documento o título en cuestión.

Así las cosas, si con las diligencias preliminares exhibitorias se buscaba la determinación con exactitud de ciertos elementos jurídico procesales del posterior proceso (esencialmente la legitimación aunque estas diligencias no cuentan con una única finalidad como veremos), las medidas de aseguramiento de la prueba, en especial de documentos, tienen por objeto garantizar la práctica de la prueba relevante para el fondo del proceso<sup>84</sup>. Estas medidas de aseguramiento guardan cierta similitud con las medidas cautelares en cuanto a los presupuestos en que descansan ya que su solicitante debe demostrar la situación de temor que impediría practicar las pruebas en el tiempo correspondiente (algo así como el *periculum in mora*) y la posibilidad, pertinencia y utilidad de la prueba (similar a la apariencia de buen derecho para solicitar una medida cautelar, esto es, el *fumus boni iuris*).

En concreto, el art. 298 LEC exige para la práctica del aseguramiento tres requisitos: 1) que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento; 2) que haya razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba, y 3) que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal, pueda reputarse conducente y

---

<sup>84</sup>Sobre esta misma cuestión, véase CALVO SÁNCHEZ, La Prueba: Disposiciones Generales. Análisis de los Artículos 281 a 298 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. L. 1/2000 en *Revista del Poder Judicial* número 64. Cuarto Trimestre, 2001, pp. 167-204.

llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros<sup>85</sup>.

Por lo que respecta al primero de estos presupuestos, cabe afirmar que la pertinencia tiene que ver, en base al art. 283 LEC, con que la prueba guarde relación con lo que se constituye como el objeto del proceso. Por su parte, la utilidad, tomando de nuevo en consideración el art. 283, se refiere al hecho de que sólo se reputarán como pruebas útiles aquellas que sirvan para esclarecer los hechos controvertidos<sup>86</sup>. En su aplicación práctica estos conceptos han planteado numerosos problemas, que no serán analizados aquí por quedar fuera del objeto de este estudio.

De especial relevancia para nuestro trabajo es el supuesto de los documentos informáticos que se hallan bajo posesión (almacenados en el ordenador) del futuro demandado y que éste, a la espera de la actividad probatoria en el momento procesal ordinario, se dedique a formatear el disco duro de la computadora o a suprimir lo que más le convenga para sus intereses. Estaríamos hablando de datos fácilmente alterables y con el objeto de evitar estos riesgos podría solicitarse del tribunal, para el buen fin del procedimiento y del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>87</sup>, el depósito de los discos

---

<sup>85</sup>Art. 283 LEC: *No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley.*

<sup>86</sup>Sobre la pertinencia y la utilidad, véase PICÓ JUNOY, El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil y su Nueva Configuración Legal en *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, Tomo II, Volumen I, Madrid, 2004, pp. 891 y ss.

<sup>87</sup><<La prueba es clave en todo proceso en que se precisa, siendo necesario articular los mecanismos definitorios para su adecuada regulación, de acuerdo con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado por el art. 24.2 de nuestra Carta

duros u otros instrumentos informáticos en los que se encuentren almacenados los datos relevantes para la resolución del pleito.

Este depósito de datos se practicaría con la intención de obtener una copia de lo guardado para ser aportada o exhibida. Se trataría, de entrada, de un prueba pertinente y útil, con una evidencia absoluta de que en caso de no adoptarse las medidas de aseguramiento podrían perderse datos de total interés para el litigio correspondiente y debería ponderarse la proporcionalidad entre el beneficio que se obtenga mediante la práctica de la medida de depósito y los eventuales perjuicios que quepa irrogar.

O, en el caso de infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, se podría optar por pedir la medida de incautación de documentación relacionada con la producción y distribución de mercancías. Podría tratarse, nuevamente, de una prueba pertinente, útil, con un riesgo justificado que de no adoptarse la medida, en el momento ordinario para la práctica de la prueba podría verse perturbada la documentación (en la que constan numerosos datos que pueden ser fácilmente alterables). Y, una vez más, habría que ver si existe proporcionalidad entre los beneficios y los ocasionales efectos negativos que pueden derivarse de la práctica de la medida de aseguramiento. Y además si existen razones que así lo adviertan, el

---

Magna. Consiguientemente, esta cuestión adquiere una importancia especial por la necesidad de configurarla para evitar la pérdida de la prueba, a través de la cual las partes puedan justificar los hechos en que apoyan sus pretensiones>>, Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres número 85/2005 (Sección 1), de 25 de octubre (JUR 2006/1803), fundamento jurídico primero.

depósito o la incautación podrían adoptarse sin audiencia previa de la otra parte.

Por otro lado, nuestra atención, a continuación, se centrará en el procedimiento de adopción de estas medidas y, en especial, en la facultad que otorga el art. 298.5 LEC de aprobar las medidas de aseguramiento sin dar audiencia a la persona que deba soportar su práctica, a la par que se verá la incidencia de este precepto en la conservación de los documentos electrónicos para que puedan ser aportados al proceso y los peligros de falsificación que encierran éstos y otros documentos. Este art. 298.5 presenta una nueva redacción después de las reformas introducidas por la Ley 19/2006<sup>88</sup>, la cual tiene como objetivo superar el cataclismo que han provocado las nuevas tecnologías en el campo de la propiedad intelectual.

**2.3 PROCEDIMIENTO: LA ADOPCIÓN *INAUDITA PARTE* COMO  
GARANTÍA DEL ACCESO A LOS DOCUMENTOS Y LA NO ALTERACIÓN DE  
LOS MISMOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA VULNERABILIDAD DE LOS  
SOPORTES INFORMÁTICOS**

Las medidas de aseguramiento las solicitará el futuro demandante antes del comienzo del proceso o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo. Y para la determinación del tribunal competente se estará a lo dispuesto sobre prueba anticipada. Un aspecto significativo de la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba antes del inicio del procedimiento, es el que destaca el

---

<sup>88</sup>Antes de la introducción de estas nuevas normas, la LEC era poco minuciosa en cuanto a desarrollos procedimentales, véase RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una Transición Ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000, p. 376.

art. 297.4 LEC al dejar sin efecto estas medidas si el solicitante no presenta su demanda en el plazo de veinte días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas de aseguramiento acordadas<sup>89</sup>.

Una vez cumplidos los requisitos que veíamos en el apartado anterior, el tribunal decidirá sobre la adopción de las medidas (bien la solicitada, bien otra que estime como preferible), y podrá aceptar el eventual ofrecimiento que el solicitante de la medida haga de prestar garantía de los daños y perjuicios que ésta pueda irrogar.

También, en virtud del art. 298.3 LEC, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, en lugar de la medida de aseguramiento, la aceptación del ofrecimiento que haga la persona que habría de soportar la medida de prestar, en la forma prevista del art. 64.2, caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda.

Esta previsión del art. 298.3 LEC se ha convertido en una cuestión polémica a ojos de la doctrina y, a mi juicio, con buena razón<sup>90</sup>. Sustituir la medida de aseguramiento por la prestación de caución es una postura arriesgada por parte del legislador. A pesar de establecerse que se trate de *caución elevada*, al destinatario de la medida le podría reportar más beneficio o utilidad ocultar, alterar o

---

<sup>89</sup>Art. 297.4 LEC: *Cuando las medidas de aseguramiento de la prueba se hubiesen acordado antes del inicio del proceso, quedarán sin efecto si el solicitante no presenta su demanda en el plazo de veinte días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas de aseguramiento acordadas. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.*

<sup>90</sup>BONET NAVARRO, *La Prueba en el Proceso Civil, Cuestiones Fundamentales*, Madrid, 2009, pp. 335 y ss. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *La Prueba Documental*, en CORTÉS y MORENO (coords.), *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Madrid, 2000, p. 26.

destruir una fuente de prueba y así conseguir un resultado satisfactorio para su pretensión. Al destinatario de la práctica de la medida le sigue interesando mucho más (para sus pretensiones) vencer en el litigio que perder la caución<sup>91</sup>.

Las medidas de aseguramiento están encaminadas a mantener fuentes de prueba para evitar que por determinadas conductas (personales o naturales) pueda verse frustrada la práctica de una prueba. Por lo tanto, la eventual sustitución de la medida por el ofrecimiento de caución por parte del sujeto que debe soportar su práctica no se convierte en algo capaz de garantizar el aseguramiento de la prueba, todo lo contrario, este sujeto puede continuar teniendo las mismas razones para, por ejemplo, hacer desaparecer o alterar un documento y así poner en peligro la práctica de una prueba relevante para el proceso.

Todo ello, sin embargo, en función de la cuantía que se preste. Porque una cosa es hablar de prestar una cuantía irrisoria, que no le suponga traba alguna para seguir con la idea de deshacerse de la fuente de prueba y otra muy distinta, es que tenga que prestar una cantidad bastante elevada y esté dispuesto, para sorpresa de todos, a perderla.

Por otra parte, el procedimiento puede ser con audiencia o sin audiencia de quien deba soportar la medida. Y en este último caso cabe plantear oposición en los términos del art. 298 LEC<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup>ASENCIO MELLADO, La Prueba, en GIMENO SENDRA (dir.) y MORENILLA ALLARD (coord.), *Proceso Civil Práctico*, IV, Madrid, 2001, p. 273.

<sup>92</sup>Art. 298 LEC: (...), *Si la medida de aseguramiento se hubiera adoptado sin audiencia previa, quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido o quien hubiera de soportarla podrán formular*

Tras este paréntesis, aquí lo que nos interesa verdaderamente a efectos de acceso al documento (sobre todo, el documento informático) es la oportunidad que brinda este art. 298 de poder adoptar las medidas de aseguramiento sin poner sobre aviso a su destinatario.

Y es que al analizar las diligencias preliminares de naturaleza exhibitoria ya se prestó especial atención a los arts. 259 y 260 LEC que regulan la citación para la práctica de estas diligencias y el régimen de oposición a la misma<sup>93</sup>. El antiguo art. 571 LECA, por el contrario, sí que, tal y como sucede con las medidas de aseguramiento, preveía la no citación, para el reconocimiento de libros y papeles de los litigantes, de la parte a quien pertenecían<sup>94</sup>.

---

*oposición en el plazo de veinte días, desde la notificación de la providencia que la acordó. La oposición a la medida podrá fundarse en la inexistencia de riesgos de daños irreparables en el derecho para la futura práctica de la prueba, así como en la posibilidad de acordar otras medidas igualmente conducentes que resulten menos gravosas. También podrá sustituirse por la caución prevista en el apartado 3. Sólo quien fuera a ser demandado o ya lo hubiese sido podrá aducir la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba. Del escrito de oposición se dará traslado al solicitante y, en su caso, al ya demandado o a quien hubiera de soportar la medida. Todos ellos serán citados a una vista, en el plazo de cinco días, tras cuya celebración se decidirá sobre la oposición, en el plazo de tres días, por medio de un auto que es irrecurrible.*

<sup>93</sup>También hay que destacar que las medidas de aseguramiento de la prueba se han de diferenciar de la prueba anticipada y de las medidas preliminares para preparar el juicio, Auto de la Audiencia Provincial de Murcia número 62/2005 (Sección 3), de 10 de junio (JUR 2005/234875), fundamento jurídico segundo. O Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife número 128/2005 (Sección 4), de 31 de octubre (JUR 2005/260962) y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 13/2010 (Sección 21), de 19 de enero (JUR 2010/105996).

<sup>94</sup>Algo similar al art. 571 LECA ocurre en otras legislaciones, como es el caso de Argentina, <<la ley 25.488 introdujo en el CPN el artículo 680 ter según el cual cuando el desalojo se fundare en las causales de cambio de destino, deterioro del inmueble, obras nocivas o uso abusivo o deshonesto, el juez deberá realizar, antes del traslado de la demanda, un reconocimiento judicial dentro de los cinco días de dictada la primera providencia, con asistencia del defensor oficial. La misma norma se aplica para los casos de desalojos contra intrusos y cuando se promuevan por las causales de vencimiento de contrato o falta de pago, aun cuando en este último caso no se justifica la necesidad del reconocimiento previo. Se advierte que la ley prevé expresamente la prueba de reconocimiento judicial, sin audiencia de la parte demandada (...)>>, ARAZI, *La Prueba en el Proceso Civil*, Buenos Aires, 2008, op. cit., p. 123.

El art. 298 LEC retoma los postulados de la LECA al disponer que *cuando sea probable que el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables al derecho del solicitante de la medida o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica si así se solicita, el tribunal podrá acordar la medida sin más trámites, mediante providencia*. Es verdad que se regulará un procedimiento de oposición para este caso pero la importancia de este artículo es notable, sobre todo, si pensamos en la aportación de documentos electrónicos. Como ya dije en el supuesto de las diligencias preliminares, estaría de acuerdo con lo siguiente: poner sobre aviso al destinatario de la medida crea el riesgo de ocultar o destruir elementos comprometedores para éste<sup>95</sup>.

Igualmente, bajo la rúbrica de las medidas de aseguramiento de la prueba se regula un plazo de oposición, pero el hecho de poder adoptar estas medidas sin audiencia previa sirve para evitar los riesgos que comentábamos. A continuación, nuestra mirada se detendrá en ver como esta posibilidad del art. 298 tiene un alcance directo para evitar peligros de manipulación de algunos documentos y soslayar, asimismo, que éstos queden al margen de la justicia<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, p. 112.

<sup>96</sup><<Existen circunstancias excepcionales en las cuales, precisamente para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, el orden lógico se altera, y se permite realizar actos de prueba con carácter previo a la culminación de la fase de alegaciones, e incluso antes de la propia demanda (así, podemos pensar, en un testigo cuya declaración es esencial para el proceso, y que se encuentra en inminente peligro de muerte. O en el supuesto de una cosa que está a punto de perderse o pasar, como pueden ser una construcción o una cosecha de frutos). Ante esta situación la ley regula modalidades excepcionales en el proceso, bajo la rúbrica de “anticipación” y “aseguramiento de la prueba”, en los ARTS. 293 y siguientes (...)>>, Auto de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1), de 9 de junio (Recurso de Apelación número 143/2006), fundamento jurídico segundo.

Además del documento tradicional, en la actualidad el documento informático es de los más usados y, al mismo tiempo, existe la creencia de que es fácilmente manipulable<sup>97</sup>. No obstante, el documento escrito en soporte tradicional tampoco está exento de ser adulterado. Incluso, para algún sector doctrinal, este último documento es más manipulable que el informático puesto que el material necesario para manipularlo es más accesible<sup>98</sup>. En el particular caso de las pruebas electrónicas, las medidas de aseguramiento de la prueba que se pueden adoptar no se distinguen mucho de las que puede tomar el Secretario judicial en virtud del art. 384.2 LEC, es decir, *las medidas de custodia que resulten necesarias*<sup>99</sup>.

Es cierto que para falsear un documento en soporte electrónico es preciso disponer de unos conocimientos, en muchas ocasiones, superiores a los de un simple usuario informático. Así, podemos encontrarnos con documentos *pdf* codificados (en los que no puede hacerse ninguna modificación por estar “blindados”) o con archivos que aparecen bajo la marca de *sólo lectura* (pudiendo ser examinados pero en ningún caso retocados). En cambio, los documentos tradicionales no disponen de mecanismos de protección tan sofisticados<sup>100</sup>.

Sin embargo, creo que el riesgo de ocultación o modificación es más elevado para los documentos digitales porque es mucho más fácil hacer desaparecer un documento electrónico, formateando el disco

---

<sup>97</sup>Para conocer más detalles del documento electrónico, véase PASAMAR, Empresa y Prueba Informática, en ABEL LLUCH (dir.) y GINÉS CASTELLET (coord.), *Empresa y Prueba Informática*, Barcelona, 2006, pp. 23 y ss.

<sup>98</sup>SANCHIS CRESPO, *La Prueba por Soportes Informáticos*, Valencia, 1999, p. 65.

<sup>99</sup>ABEL LLUCH, *Prueba Electrónica...*, pp. 158-159.

<sup>100</sup>Al hilo de ello, vid. GAHTAN, *Electronic Evidence*, Toronto, 1999, pp. 31 y ss.

duro del ordenador o cualquier otro instrumento de almacenamiento de datos informáticos. En igual sentido, muchas veces, los documentos informáticos no contienen contraseñas para acceder a ellos ni aparecen bajo candado de protección, pudiéndose modificar según el deseo de la persona interesada en hacerlo. Creo que la corrección de datos informáticos puede pasar mucho más desapercibida que los cambios hechos en el clásico papel, aunque se empleen para llevarlos a cabo máquinas de escribir, papel líquido para cubrir errores, etc. Se estaría hablando, en este último caso, de empleo de técnicas más cotidianas que no entrañan la sofisticación de los medios informáticos. En cualquier caso, el riesgo existe para todos los documentos aunque, como decía, particularmente para los que constan en un soporte informático.

Sólo hay que ver las variaciones que puede experimentar una página Web o los correos electrónicos que pueden borrarse en cuestión de milésimas de segundo a través del ratón del ordenador. Si bien podrían recuperarse contactando con los proveedores de correo o descargando determinados programas, el caso es que se pueden suprimir fácilmente y tratar de encontrarlos después requiere ímprobo esfuerzo, y aunque pueden existir programas de restauración de *e-mails* borrados sólo operan para un cierto plazo de tiempo (bastante reducido) y si además hay que localizar a los proveedores de correo, administradores de los servidores de red entonces la tarea se torna francamente ardua y fuera del alcance de los conocimientos del hombre medio. Incluso resultaría relativamente sencillo falsificar una identificación de correo electrónico con *Photoshop*. Más aún: cada cierto tiempo aparecen versiones actualizadas de diferentes programas informáticos al igual que existen múltiples opciones para

aplicar a todo un documento. Incluso algunos documentos en *pdf* (que de entrada parece que no pueden ser modificados) con el aplicativo de la barra de herramientas, edición avanzada, herramienta de retocar texto, se pueden introducir los cambios deseados. Y la cosa no termina aquí porque cada vez disponemos de más y mejores opciones de edición, archivo, formato, etc.

Cuando aparecen impresas estas pruebas informáticas tampoco dejan de tener sentido estos peligros de falsificación: los documentos resultantes de la tarea de impresión no son exactamente una réplica del tradicional papel escrito y, en la inmensa mayoría de los casos, aparecen sin la firma personal de su autor<sup>101</sup>.

Y la perdurabilidad en el tiempo de los documentos electrónicos tampoco queda garantizada precisamente a causa del carácter mudable de estos programas y circuitería. En cambio, el tradicional papel posee la entidad de ser leído sin máquinas lo que hace que goce de perdurabilidad con el paso de los años<sup>102</sup>. Es cierto que se pueden hacer copias y recopias informáticas pero también es verdad que los programas se actualizan y si no se dispone de la versión nueva pueden producirse cambios sustanciales en el formato original o, incluso, tener que buscar computadoras antiguas con todos los riesgos que ello conlleva. Con los plazos concedidos de audiencia o con el transcurso del proceso quizás el sistema informático no habrá cambiado apenas pero la persona interesada, a través de otras

---

<sup>101</sup>TARUFFO, *La Prueba*, Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2008, p. 86.

<sup>102</sup>SANCHIS CRESPO (con CHAVELI DONET), *La Prueba por Medios Audiovisuales e Instrumentos de Archivo en la LEC 1/2000 (Doctrina, Jurisprudencia y Formularios)*, Valencia, 2002, pp. 70-73. Véase también ROTHENBERG, ¿Son Perdurables los Documentos Digitales? en *Investigación y Ciencia*, marzo, 1995, p. 8.

nuevas técnicas de las que puede disponer en su entorno más directo, podría efectuar las correcciones que quisiera con los serios peligros que esta actitud puede acarrear.

Otro ejemplo claro de datos que pueden verse falsificados fácilmente serían los libros de los empresarios, o mejor dicho, su soporte informático. En estos libros, que pueden ser exhibidos como prueba, aparecen gran cantidad de datos referidos a balances, cierres de ejercicio, cuentas anuales u otras operaciones relativas a la empresa. Son datos, en muchos casos, numéricos y, al mismo tiempo, fáciles de modificar (y más si pensamos que actualmente buena parte de la contabilidad está registrada informáticamente).

Ante este panorama, resulta de gran utilidad el art. 298 LEC y la facultad que propone de que *cuando el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables al solicitante o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica, el tribunal sin más trámites acuerde la medida*. En efecto, es de gran interés para la preservación de los documentos informáticos con el fin de que la parte interesada pueda acceder al documento con su redactado original. Porque de lo contrario, si se pone en aviso al destinatario de la medida se le está ofreciendo la posibilidad de deshacerse de documentos comprometedores, quedando plenamente demostrado el riesgo para el derecho del solicitante del que habla el art. 298.5 LEC.

Un ejemplo de ello, sería la solicitud de la SGAE de una medida de aseguramiento de la prueba consistente en el depósito de discos duros de los ordenadores en los que se encuentran

almacenados y desde los que se administran los sitios Web “elitemula” y “etmusica” y en los que constan los datos sobre números de descargas de obras musicales desde el mes de septiembre de 2007 y diciembre de 2007, respectivamente, con el objeto de obtener una copia física del contenido. Se formuló oposición por el demandado que fue estimada por el tribunal ya que de las alegaciones de las partes y la pericial que acompañaba la oposición, se concluye la impertinencia, imposibilidad e inutilidad de la medida acordada porque en el disco duro del ordenador del demandado depositado no figuran los datos que se pretenden acreditar<sup>103</sup>.

A pesar de que el resultado del auto fuera denegatorio para el solicitante de la medida de aseguramiento (en el material depositado no estaban los datos que se precisaban), este ejemplo demuestra, una vez más, la necesidad de adoptar, en determinados casos, un modo de proceder *inaudita parte*.

Algunas de estas medidas de aseguramiento, por otro lado, podrían provocar una lesión del principio de proporcionalidad. La solución sería la apuntada, la extracción de una copia de los datos relevantes para el proceso y que se encuentran almacenados en el equipo informático de la persona afectada. Porque de lo contrario, el requerimiento de entrega de todo este equipo informático es lo que podría suponer un mayor quebranto a las exigencias de proporcionalidad.

---

<sup>103</sup>Auto del Juzgado Mercantil de Huelva número 39/2009, fundamento jurídico tercero.

La adopción *inaudita parte* que se regula en las disposiciones acerca de las medidas de aseguramiento de la prueba es, pues, del todo acertada. Sólo así se lograría la fiabilidad y seguridad de los documentos guardados en formato electrónico, se conseguiría poder disponer de una copia fidedigna de los datos y se evitaría la tentación de deshacerse por parte del futuro demandado, del ya demandado en el proceso o de quien hubiera de soportar la medida, de documentos relevantes<sup>104</sup>.

Para el resto de documentos, cuando sea probable que el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables o cuando se demuestre un riesgo de destrucción de pruebas o imposibilidad de su práctica, el tribunal, del mismo modo que en el caso anterior, también podría adoptar la medida de aseguramiento (la solicitada o la que estime como más oportuna) sin necesidad de audiencia. Estoy pensando en documentación relacionada con la infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual por tratarse de documentos que manejan múltiples datos sobre cantidades producidas, entregadas, recibidas, nombres y direcciones de los destinatarios de las mismas, etc.

Y también podría solicitarse una medida de aseguramiento aunque no estuviese justificado este “carácter de urgencia” pero se tema que de no aprobarse la medida podría resultar imposible en el futuro practicar la prueba y siempre y cuando la prueba que se

---

<sup>104</sup><<Será frecuente la petición de medidas de aseguramiento en relación con este tipo de pruebas (sobre todo aquéllas que se refieren al contenido de páginas Web dada su facilidad de mutación) (...)>>, CHAVELI DONET (con SANCHIS CRESPO), *La Prueba por Medios Audiovisuales e Instrumentos de Archivo en la LEC 1/2000...*, op. cit., p. 193.

pretenda asegurar sea pertinente y útil y la medida que se proponga goce de proporcionalidad en relación con los beneficios y posibles perjuicios derivados de la práctica de la misma<sup>105</sup>.

Que las medidas de aseguramiento de la prueba se despachen *inaudita parte* es ciertamente una excepción que encuentra su fundamento en asegurar la efectividad de la medida. Y el procedimiento de oposición, por su parte, se configura como el mecanismo del que dispone la persona afectada contra la solicitud y adopción de la medida, a la par que constituye un sistema compensador frente a la eliminación de su citación previa.

Del mismo modo el procedimiento de oposición al que aludo también puede servir para contrarrestar el hecho de que la resolución por la que se acuerde la práctica de la medida de aseguramiento revista la forma de providencia y no de auto, lo cual comporta una considerable restricción de los posibles mecanismos de reacción frente a la decisión judicial<sup>106</sup>. En este sentido, el art. 248 de la LOPJ establece que las providencias se limitarán a la determinación de lo mandado y del juez o tribunal que las disponga, sin más fundamentos ni adiciones que la fecha, firma o rúbrica del juez y del secretario. En

---

<sup>105</sup><<Lo que sucede es que el Código procesal no admite anticipar la prueba, siempre y en todo caso. Como no puede ser de otra forma, tal posibilidad se abre sólo "cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos (los de prueba) no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto" (...)>>, Auto de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1), de 9 de junio (Recurso de Apelación número 143/2006), fundamento jurídico tercero.

<sup>106</sup>En este sentido, véase SEOANE SPIEGELBERG, *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Navarra, 2007, p. 349.

cambio, los autos serán siempre fundados y contendrán los hechos y los razonamientos jurídicos y la parte dispositiva<sup>107</sup>.

#### **2.4 EN ESPECIAL, EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA INFORMÁTICA MEDIANTE LAS FUNCIONES DE *HASH***

En ocasiones, alguna medida de aseguramiento de la prueba, como el depósito, puede no ser suficiente para garantizar la integridad de los datos almacenados electrónicamente. Es decir, se puede adoptar la medida consistente en el depósito de unos determinados dispositivos informáticos con el objeto de obtener una copia física, como se ha visto, de los datos en ellos contenidos y devolver el ordenador o cualquier otro sistema de almacenamiento a su propietario y así no verse, por otra parte, vulnerado el principio de proporcionalidad. Pero puede suceder que, aun disponiendo de una copia física de los datos, no sea suficiente para garantizar la integridad de la información original.

En este escenario es en donde tienen cabida la protocolización notarial del soporte original que ofrezca la posibilidad de establecer una guarda y custodia del mismo hasta su aportación en el juicio o las

---

<sup>107</sup>Art. 248 LOPJ: *La fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del juez o tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerden, la firma o rúbrica del juez o presidente y la firma del secretario. No obstante, podrán ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente. Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el juez, magistrado o magistrados que los dicten. Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el juez, magistrado o magistrados que las dicten. Al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.*

funciones matemáticas conocidas con el nombre de *funciones de Hash*<sup>108</sup>. Éstas se aplican directamente sobre la información que se adquiere, esto es, sobre la que se copia, identificándola de forma única puesto que permitirá saber, si se vuelven a aplicar sobre la información original, si ésta ha sido modificada (bien voluntaria o accidentalmente). Para el correcto funcionamiento de este sistema y custodiar de manera óptima la información, lo más acertado es proceder al depósito de la información y los *hashes* ante notario<sup>109</sup>. Lo que implica una protocolización notarial del original, previa imagen o copia espejo de un disco duro, como se verá enseguida.

El empleo de estas funciones matemáticas puede proporcionar una total seguridad de los datos originales y copiados dado que aplicando estas funciones sobre las fuentes de información, cuando se desee, se puede saber si éstas han sufrido alguna modificación.

¿Y cómo se lleva a cabo esta operación? Desde la perspectiva de la técnica procedimental, cabe afirmar que ésta podría discurrir por una serie de etapas: en primer lugar, la obtención de datos a través de una imagen o copia espejo, consistente en la idea básica de tener dos discos duros conectados, uno es el principal y en el segundo se guarda la copia exacta del principal, almacenando cualquier cambio que se haga en tiempo real y consiguiendo, así, disponer de dos discos

---

<sup>108</sup>Acerca de los problemas de los flujos de información propios de las fuentes electrónicas y la manera de solucionarlos, CAMPS LORENTE, Una Aplicación Multidisciplinar del Análisis de los Flujos de Información al Aseguramiento, Admisibilidad e Impugnación de la Prueba Electrónica en el Juicio Civil, en ABEL LLUCH, PICÓ JUNOY y RICHARD GONZÁLEZ (dirs.), *La Prueba Judicial. Desafíos en las Jurisdicciones Civil, Penal, Laboral y Contencioso-Administrativa*, Madrid, 2011, pp. 405-406.

<sup>109</sup>Para conocer muchos más detalles de las funciones de *Hash*, véase PASAMAR, *Empresa y Prueba Informática...*, pp. 26 y ss.

duros idénticos. También puede usarse la copia espejo para un teléfono móvil, agenda electrónica o memoria USB, entre otros dispositivos. En segundo lugar, se procede a la aplicación sobre la información a analizar de las funciones de *hash*, las cuales generan claves que representan unívocamente a un documento, registro, archivo, etc<sup>110</sup>. Una función de *hash* puede resumir o identificar un gran conjunto de información.

Son algoritmos que se utilizan para resolver el problema de la integridad de la información puesto que si se modifica un *bit* (unidad mínima de información empleada en informática) del texto original el *hash* resultante detectará esta variación. Y estas funciones de *hash* también podrían aplicarse a otros registros informáticos como son los correos electrónicos.

Todo este análisis y custodia de información puede asemejarse al *Electronic Discovery* (usado, como ya se verá, en Estados Unidos) y referido a cualquier proceso donde la información almacenada electrónicamente es asegurada, localizada y buscada con la intención de usarla como prueba<sup>111</sup>.

El *Electronic Discovery* parte de la obtención de la información guardada electrónicamente y su objetivo es proporcionar herramientas para que la gestión de la conservación implique además la gestión de la extracción de la información. Las fases del *e-Discovery* se concretan utilizando el modelo de referencia de la gestión

---

<sup>110</sup>PASAMAR, Empresa y Prueba Informática..., pp. 35-36.

<sup>111</sup>AMBRUS, Applied technology in litigation proceedings (The Electronic Discovery Reference Model) en *Electronic Justice-Present and Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law Pécs, September 23-25)*, 2010, p. 9.

electrónica de documentos y son las siguientes: *information management* (gestión de la información), *identification* (identificación), *preservation and collection* (conservación y archivo), *processing* (procesamiento), *hard copy documents* (impresión de documentos), *review* (revisión), *production* (producción) y *presentation* (presentación)<sup>112</sup>.

Volviendo al *hash*, cabe afirmar, para concluir, que se trata de un método o herramienta que, incluso, supera los conocimientos de muchos informáticos, exigiendo, consiguientemente, la búsqueda de expertos en esta materia y se llevará a cabo siempre que técnicamente sea posible<sup>113</sup>. Sin embargo, las funciones de *hash* bien aplicadas pueden resolver problemas relacionados con la infalibilidad de los documentos electrónicos y asegurar la prueba.

### **3. DILIGENCIAS PRELIMINARES Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA *VERSUS* EXHIBICIÓN DOCUMENTAL: CASOS EN QUE PROCEDEN**

Tanto las diligencias preliminares como la exhibición documental son mecanismos al alcance de los litigantes para acceder a documentos relevantes a efectos del proceso. En este epígrafe se procederá a clarificar si las diligencias preliminares y la exhibición de documentos actúan como dos instrumentos de carácter excluyente o, por el contrario, si solicitadas las diligencias se puede recurrir

---

<sup>112</sup>Fases extraídas del organigrama de referencia de EDRM (*Electronic Discovery Reference Model*).

<sup>113</sup>PASAMAR, Empresa y Prueba Informática..., p. 37.

igualmente a la exhibición documental. En definitiva, se tratará de ver los casos en que proceda una y otra institución así como sus finalidades, con referencia expresa a las medidas de aseguramiento de la prueba.

En primer lugar, parece claro que cuando es el demandante el interesado en la exhibición de los documentos el mecanismo a seguir son las diligencias preliminares porque son solicitadas únicamente a instancia de quien se plantea interponer la demanda principal.

Las diligencias preliminares son actuaciones preprocesales destinadas a preparar mejor la correspondiente demanda y el juicio que seguirá. El demandante, en un momento inicial, tiene el derecho de acudir a las diligencias preliminares del art. 256 LEC con el objetivo de obtener información para preparar la demanda y el proceso con absolutas garantías. Ello por lo que respecta a una fase inicial y de carácter preprocesal, lo cual no excluye que, en un momento posterior, es decir, una vez iniciada la litispendencia, y a través de la exhibición documental de los arts. 328 y siguientes de la LEC, quepa instar la exhibición de ciertos documentos a efectos de prueba para formar la convicción del tribunal sobre el resultado final del pleito. Hasta aquí podíamos decir que no se trata de medios excluyentes: uno es usado inicialmente y para lograr un proceso en condiciones y el otro es utilizado en fase procesal para contribuir a un mejor convencimiento del juez sobre los hechos que han originado la interposición de la demanda y el consiguiente proceso.

Junto a la obtención de información, el cauce de las diligencias preliminares es utilizado, igualmente, para determinar la legitimación pasiva.

Para hacernos una idea inicial de lo que se pretende con cada uno de estos institutos procesales, cabe afirmar que el actor busca, a través de las diligencias preliminares de carácter exhibitorio o de otro tipo, obtener información acerca de la personalidad del futuro demandado o de otros extremos que precisa conocer para iniciar un proceso con éxito. En cambio, mediante la exhibición documental de los arts. 328 a 333 LEC, se pretende contribuir a una mejor convicción del juez sobre los hechos relevantes del proceso con la confirmación de datos (ya disponibles) a través de la exhibición de copias simples o indicando en términos exactos el contenido del documento y aportando al proceso medios de prueba sobre los hechos controvertidos.

En definitiva, la finalidad básica de las diligencias preparatorias del proceso es la toma de conocimiento u obtener ciertas informaciones necesarias para poder presentar una demanda. Informaciones acerca de quién posee legitimación pasiva para ser demandado en el futuro litigio o esclarecer otros extremos relacionados con la capacidad, legitimación activa o datos relevantes sobre el objeto del proceso.

Pero, ¿las diligencias preliminares pueden contar con más finalidades y, concretamente, pueden dirigirse a obtener documentos a efectos probatorios? MONTERO AROCA sostiene que dichas diligencias no implican <<una exhibición de un medio de prueba en

poder de la parte contraria>><sup>114</sup>. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, por su parte, opina que en algunos casos, la frontera que separa las diligencias preliminares de los medios de anticipación y aseguramiento de la prueba es borrosa<sup>115</sup>.

En realidad, las diligencias preliminares no constituyen propiamente una institución probatoria. Son actividades previas al juicio, no jurisdiccionales, facultativas y de preparación del mismo y que tienen como finalidad esencial la de conceder a cualquier persona legitimada para ello, la facultad de solicitar de los órganos judiciales su tutela para determinar y aclarar datos de relevancia para el ulterior proceso<sup>116</sup>.

Algunos autores, en efecto, consideran que las diligencias preliminares son una institución demasiado compleja como para sólo reducirlas a una finalidad<sup>117</sup>. Más allá del acceso a la información, <<nada impide que con las diligencias preliminares quepa obtener

---

<sup>114</sup>MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, Madrid, 2007, op. cit., p. 314, nota a pie de página 24.

<sup>115</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., (con DE LA OLIVA SANTOS), *Derecho Procesal Civil...*, p. 256.

<sup>116</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Zamora número 1/2003 (Sección Única), de 8 de enero (AC 2003/882), fundamento jurídico tercero.

<sup>117</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca número 48/1998, de 21 de octubre (AC 1998/7927), fundamento jurídico primero. Vid. ORMAZABAL SÁNCHEZ (con SEGURA CROS), Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (directores), *La Prueba Documental, Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba*, Barcelona, 2010, p. 419.

<<Abreviadamente, las diligencias preliminares sirven a una de estas finalidades: a) averiguar algún dato relativo a la personalidad del futuro demandado -que el actor desconoce, o cuya certeza no le consta-; b) determinar si aún existe y dónde se encuentra una concreta cosa mueble cuya posesión o tenencia material pretende reclamar el solicitante; c) pedir de quien los tenga en su poder determinados documentos que puedan ser importantes para el desarrollo del futuro proceso; d) comprobar hechos que puedan constituir violación de los derechos de patente, marca o que sean constitutivos de competencia desleal>>, ésto por lo que se refiere a las diligencias en un primer momento, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Práctico: Formularios y Jurisprudencia sobre el Proceso Civil*, Madrid, 1992, op. cit., p. 612, nota a pie de página.

una copia del documento que haga innecesario un posterior requerimiento de exhibición>><sup>118</sup>.

Detengámonos en esta última afirmación. Si con las diligencias preliminares conseguimos acceder a la información no resulta absurdo obtener, en este momento preprocesal, una copia del documento que podría certificarse por Secretario judicial. Entonces se haría innecesaria la posterior exhibición y en virtud del art. 268.2 LEC, *si la parte sólo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, ya sea en soporte papel o mediante imagen digitalizada en la forma descrita en el apartado anterior, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes*. Sólo si se cuestionara la autenticidad de la copia obtenida a través de las diligencias previas, lo que en principio no habría de ser normal si se tiene en cuenta que aparecería certificada por Secretario judicial, se podría acudir posteriormente al mecanismo de la exhibición.

Ahora bien, como ya se comentó en su momento, además de estas diligencias existen otros institutos previos al proceso como son las medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba que presentan sus propias finalidades: garantizar la práctica de determinadas pruebas relevantes para el fondo del asunto sin sujeción a las disposiciones generales de tiempo de la prueba civil.

---

<sup>118</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ (con SEGURA CROS), Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros en *La Prueba Documental...*, op. cit., p. 419.

Mediante las medidas de aseguramiento de la prueba se puede obtener, por ejemplo, copia de los datos almacenados en un dispositivo informático para garantizar la integridad de éstos.

Como ya dije antes, determinados documentos, y en particular los soportes informáticos, pueden estar expuestos, por su naturaleza, a serios riesgos de manipulación o desaparición. Para lo cual, las medidas de aseguramiento de la prueba resultan de gran importancia y utilidad. Los requisitos para adoptar una medida de aseguramiento son tres: 1) que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento; 2) que haya razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba, y 3) que la medida que se propone u otra distinta igualmente oportuna, pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros. Así pues, se trata de evitar riesgos para el normal desarrollo de la actividad probatoria. A título indicativo, puede pensarse en el supuesto de que el futuro demandado haga desaparecer o falsifique documentos comprometedores que se hallan bajo su poder.

Siguiendo con nuestro estudio sobre la coordinación entre diligencias preliminares y exhibición documental, hay que afirmar que las primeras sólo tienen cabida en los casos estipulados en el art. 256 LEC. Y en cuanto a la posibilidad de la aplicación analógica de la norma a otros documentos distintos de los enumerados en el art. 256 LEC, deberían cumplirse una serie de requisitos tales como: la existencia de una laguna legal respecto del caso contemplado,

igualdad o similitud entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado y que no se haya prohibido expresamente la aplicación del método analógico<sup>119</sup>.

Uno de estos presupuestos, que el legislador no haya prohibido expresamente la aplicación por analogía, se puede entender que en el caso que nos ocupa no se cumple en virtud del art. 258.1 LEC, el cual dispone que el tribunal rechazará la petición de diligencias realizada, si no considerase que éstas resultan justificadas. Personalmente, entendiendo por justificadas que sean adecuadas a la finalidad que persiguen, que concurra justa causa e interés legítimo y que, en definitiva, sea alguna de las del art. 256 sin posibilidad de incardinar otros supuestos en el mismo precepto, a no ser que se trate de diligencias y averiguaciones que prevean las correspondientes leyes especiales y que ya han sido examinadas en otro epígrafe<sup>120</sup>.

Estamos, en definitiva, ante una lista tasada de nueve apartados y sin ninguna cláusula que permita comprender otros supuestos con la excepción del tan comentado apartado nueve (diligencias en leyes especiales). La jurisprudencia ha destacado que la finalidad de esta regulación tasada no es otra que la de evitar convertir a las diligencias en un medio para obtener cualquier tipo de información<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup>SSTS de 10 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3871), de 21 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9312), de 13 de junio de 2003 (RJ 2003, 4127), de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 4320), de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2366) y de 20 de febrero de 1998 (RJ 1998, 639).

<sup>120</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 13/2010 (Sección 13), de 19 de enero (JUR 2010/105928), fundamento jurídico primero y Auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 575).

<sup>121</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 182/2008 (Sección 1), de 8 de octubre (AC 2009/2173): versa sobre la petición de diligencia de exhibición de copia radiofónica y sobre si la misma puede tener cabida dentro del art. 256 LEC, las razones del Tribunal son las que siguen, <<se puede argumentar para denegar los motivos de recurso que la causa segunda, bajo la que se ampara el solicitante aunque en la demanda

Y aunque la nueva LEC no lo diga expresamente, el criterio que sigue es el de una relación taxativa porque ha suprimido algún apartado de la Ley precedente (la exhibición de títulos en casos de evicción), pero ha creado otros nuevos como la defensa de intereses colectivos de consumidores o usuarios<sup>122</sup>. Y más aún, la propia Exposición de Motivos de la LEC pone sobre la mesa un argumento indiscutible para decantarse a favor de la consideración de estas diligencias como *numerus clausus*, cuando dispone que *sin embargo, la presente Ley se asienta en el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas*<sup>123</sup>.

Sin embargo, debe hacerse una interpretación flexible, según la jurisprudencia, de cada uno de los supuestos legales en atención a que

---

no lo diga expresamente, utiliza la expresión “cosa sobre la que ha de versar el futuro proceso”, delimitando su objeto, que si bien excluye a los documentos, sí que lo está haciendo cuando la finalidad de la exhibición del documento no lo sea en sí mismo sino un medio para conocer su contenido, en cuyo caso el amparo habrá que buscarlo en el resto de las diligencias de este precepto que recoge las específicas de exhibición documental: para acreditar la capacidad de las partes, para conocer el testamento, para la exhibición de las cuentas de una sociedad, para la exhibición de un contrato de responsabilidad civil, etc., en consecuencia basta su comparación para concluir que la pedida no cabe incluirla dentro de esta diligencia. De ser ello así, es evidente que la previsión típica (art. 256.1.2º) que autoriza requerir de la persona a la que se pretende demandar que “exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio” no contempla la hipótesis aquí formulada por la solicitante. El tenor de la ley procesal parece que evoca la exhibición de cosas muebles corporales (a la “cosa mueble que, en su caso, haya de ser objeto de la acción real o mixta que trate de entablar...” aludía el derogado art. 497.2º LEC de 1881), valiosas por sí mismas y no por su relación con un determinado negocio o situación jurídica, en torno a cuya existencia y realidad habrá de girar el futuro pleito, y cuya guarda o depósito puede reclamar el solicitante dado el riesgo de su ilocalización, deterioro o pérdida (cfr. art. 261.3º LEC). Por el contrario cabe pensar que en el supuesto enjuiciado, los documentos cuya exhibición se pretenda no son “cosas” en la acepción normativa que nos ocupa, sino que se trata de medios de fijación de prueba, ya que el litigio futuro no perseguiría la recuperación posesoria de aquellos documentos, sino que giraría en torno a la corrección o no y consecuencias de su contenido, en el caso la protección del honor>>.

<sup>122</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 269/2004 (Sección 11), de 19 de julio (JUR 2004/225573), fundamento jurídico tercero.

<sup>123</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Castellón número 558/2007 (Sección 3), de 7 de diciembre (JUR 2008/109537), fundamento jurídico segundo.

la finalidad de estas diligencias está en preparar el ulterior juicio declarativo, logrando la información necesaria y garantizando de esta manera al solicitante su derecho a obtener la tutela judicial efectiva del art. 24 CE<sup>124</sup>. Convengo con lo dicho puesto que *ad exemplum*, la diligencia relativa a la póliza de garantía de devolución de cantidades ha de considerarse una póliza de garantía de responsabilidad civil contractual, con perfecta cabida en el número cinco del art. 256 LEC<sup>125</sup>. No obstante, en ocasiones, ni mediante una interpretación flexible de los apartados de este artículo se puede determinar la viabilidad de una diligencia preliminar por tratarse de una medida que no tiene encaje directo en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 256 LEC<sup>126</sup> y para lo cual sólo cabrá recurrir al cauce de la exhibición documental como mecanismo para introducir documentos en el proceso.

Por lo tanto y al hilo de lo que anteriormente hemos indicado, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Las diligencias preliminares y la exhibición posterior de documentos son dos mecanismos hábiles para obtener información relevante para el proceso.

---

<sup>124</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 207/2010 (Sección 1), de 26 de octubre (JUR 2010/382707), fundamento jurídico tercero.

<sup>125</sup>Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 132/2005 (Sección 19), de 20 de mayo (JUR 2005/155739), fundamento jurídico tercero: <<(…), cierto es que el legislador, en principio, no acogió, en el marco del contrato de seguro, el supuesto genérico que abarcase a cualquier clase de seguro, pero esto no supone que no se pueda, desde lo expuesto, introducir en la regla 5ª del apartado 1º del artículo 256 supuestos como el relativo al seguro de vida respecto de la persona que lo tenga en su poder, respecto de la compañía en la que obren las condiciones particulares de necesaria consulta para integrar los distintos elementos que conforman la póliza y hacer viable, sin perjuicio de lo que se resuelva en sentencia definitiva, la articulación de la pretensión (...)>>.

<sup>126</sup>A modo de ejemplo, Auto de la Audiencia Provincial de Soria número 118/2003 (Sección 1), de 31 de octubre (AC 2004/185), fundamento jurídico segundo.

En el supuesto de las diligencias preliminares exhibitorias, éstas son utilizadas en un momento previo al proceso para iniciar un juicio con absolutas garantías, consiguiendo información acerca de la personalidad del futuro demandado o de otros extremos que quien pretenda demandar precisa conocer para la iniciación de un proceso<sup>127</sup>. Extremos entre los que no cabe excluir información sobre documentos que puedan constituir prueba sobre los hechos controvertidos en un futuro proceso.

En el caso de la exhibición de documentos propiamente dicha (la regulada en los arts. 328 y siguientes de la LEC), es usada en un momento posterior (ya iniciado el proceso) con el objetivo de introducir medios de prueba para formar el convencimiento del juez.

Que se haya o no accedido a la práctica de las diligencias preliminares de exhibición y que hayan o no producido el fruto deseado, no impide que, una vez iniciada la litispendencia, quepa requerir a las partes y terceros para que exhiban datos concretos y relevantes a efectos probatorios.

Como apuntábamos, parece razonable sostener que el actor, a través del cauce de las diligencias preliminares, pueda obtener los documentos en que fundamenta su pretensión. Es decir, si mediante el mecanismo de las diligencias preliminares se puede acceder al documento no sería irrazonable concluir que, simultáneamente, quepa obtener una copia certificada del mismo que hiciera innecesario,

---

<sup>127</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén número 406/1999 (Sección 1), de 15 de octubre (AC 1999/2313), fundamento jurídico primero. Véase, también, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 218/2006 (Sección 15), de 27 de junio (AC 2007/560), fundamento jurídico segundo.

posteriormente, el planteamiento de la exhibición<sup>128</sup>. Sin embargo, cabe realizar varias reflexiones sobre las finalidades de las diligencias preliminares.

Convengo con la siguiente afirmación acerca de que las diligencias preliminares <<no tienen como finalidad la de obtener pruebas pero facilitan el fundamental derecho a la prueba, sobre todo respecto de aquellas que deben aportarse con la demanda>><sup>129</sup>. Efectivamente, las consabidas diligencias preliminares no están pensadas como una institución probatoria pero, a su vez, tampoco se pueden reducir a un único objetivo dado que proporcionan una serie de elementos necesarios para preparar, con plenas garantías, la demanda. Estos elementos pueden referirse, incluso, a que mediante la exhibición de documentos podrían probarse los hechos constitutivos de la pretensión que se sustentará. Las diligencias preliminares dan cobijo a una gran variedad de supuestos (hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación; exhibición de cosa mueble; acto de última voluntad; historial clínico, o el contrato de seguro).

Se expresan, por otra parte, los reparos con que buena parte de los jueces contemplan el uso de las diligencias preliminares como medio probatorio por provocar un doble efecto indeseable: que, en cierta medida, la praxis forense prescinda de acudir a la anticipación y

---

<sup>128</sup>Según ORMAZABAL SÁNCHEZ, se cumpliría así con la voluntad del legislador de que <<los documentos sobre el fondo se acompañen a la demanda, evitando en lo posible la correspondiente solicitud de exhibición>>, (con SEGURA CROS), Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros en *La Prueba Documental...*, op. cit., p. 419.

<sup>129</sup>RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Los Procesos Declarativos/Las Diligencias Preliminares..., op. cit., p. 177.

aseguramiento de la prueba y que proliferen resoluciones judiciales que no estimen la solicitud de diligencias preliminares por la utilización indebida de éstas como vehículo a solicitudes de prueba anticipada y medidas de aseguramiento de la prueba<sup>130</sup>.

Así las cosas, si las diligencias preliminares cuentan con más de una finalidad y si existen otros institutos procesales, como son las medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba, de los cuales no debemos olvidarnos, hay que buscar una solución para dirimir esta controversia y encontrar el oportuno equilibrio entre estas figuras del proceso.

Como hemos repetido varias veces, para la práctica del aseguramiento se exigen tres requisitos. Así pues, una primera solución al conflicto sería la siguiente: acudir al mecanismo de las diligencias preliminares con el objeto de que se exhiban a la persona interesada los documentos necesarios para interponer, con éxito, su demanda y en el caso de que se pretenda obtener una copia de los mencionados documentos, con carácter simultáneo, cabría pedir la adopción de una medida de aseguramiento de la prueba, siempre y cuando se cumpliesen las exigencias de pertinencia y utilidad de la prueba a asegurar, la circunstancia de temor y que la medida de aseguramiento fuese considerada proporcional y pudiese llevarse a cabo dentro de un tiempo breve. Estos requisitos se cumplirán, en muchas ocasiones, para supuestos que versen sobre documentos electrónicos.

---

<sup>130</sup>CLEMENTE CASAS, *Diligencias Preliminares y Medidas de Anticipación y Aseguramiento de la Prueba...*, p. 92.

Sin embargo, caso de no acreditarse tales requisitos, una segunda solución al problema que nos planteamos pasaría por poder solicitar una diligencia de exhibición de unos determinados documentos para tomar conocimiento de los mismos y, de manera concurrente, obtener una copia certificada de los referidos documentos, haciendo innecesaria la posterior exhibición y así cumplir con el deseo del legislador de acompañar a la demanda los documentos sobre el fondo<sup>131</sup>.

Para que esta última solución fuera del todo viable, hay que prestar atención a otra consideración. Cabría obtener una copia certificada del documento, a través del cauce de las diligencias preliminares, a no ser que se tratase de documentación bajo reserva o secreto, que supusiese afectar el derecho a la intimidad o que se tratase de un supuesto que ni a través de una interpretación flexible del art. 256 LEC pudiese tener cabida en el mismo.

Por otra parte, hay que tener presente que las consecuencias de la negativa a exhibir son de índole distinta para el supuesto de las diligencias preliminares que para el caso de la exhibición documental, reservándose esta última la posibilidad de atribuir valor probatorio a la copia o versión del documento presentada por el solicitante. La negativa a cumplir con la práctica de las diligencias preliminares lleva unidos los efectos de entrada y registro y sólo para el caso de los documentos contables se prevé la oportunidad de poder tener por

---

<sup>131</sup><<Creemos que un conjunto de connotaciones explica la exigencia de presentar con la demanda o contestación el documento o documentos en que las partes funden su derecho, proporcionando, al mismo tiempo, las indicaciones precisas para comprender por qué no se establece un régimen idéntico o similar respecto a los restantes medios de prueba>>, DE LA OLIVA SANTOS, La Presentación de Documentos en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, número IV, 1970.

ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante. Pero el actor, antes de interponer la demanda, <<ha debido ponderar previamente, entre otros extremos, si cuenta con suficientes elementos de prueba para levantar la carga probatoria que le incumbe>><sup>132</sup>.

Por otro lado, nada impide que si no se estima la solicitud de la diligencia preliminar se acuda a la exhibición documental y si se cumplen los presupuestos de la misma se acceda a la exhibición.

De este modo, considero que las soluciones expuestas contribuyen a un mejor esclarecimiento de la cuestión, perfilando el alcance correcto de las diligencias preliminares y de las medidas de aseguramiento de la prueba.

---

<sup>132</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ (con SEGURA CROS), Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros en *La Prueba Documental...*, op. cit., p. 421.

## **CAPÍTULO III**

### **LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL**

#### **1. LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL ENTRE LAS PARTES**

##### **1.1 INTRODUCCIÓN**

Hasta ahora nos hemos ocupado de la obtención de documentos en fase preprocesal. Después de centrarnos en las diligencias exhibitorias y en la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba encaminadas a la obtención de documentos, es el momento de referirnos a la exhibición documental propiamente dicha, aquella que aparece regulada en la Sección 4.<sup>a</sup> del Capítulo VI del Título I del Libro II, en concreto, en los arts. 328 a 333 LEC y bajo la rúbrica *de las disposiciones comunes a las dos secciones anteriores* (de los documentos públicos y de los documentos privados). Estos preceptos están dedicados al deber de exhibición documental entre las partes y frente a terceros así como al deber de exhibición de entidades oficiales.

La exhibición de documentos cuenta con pocos precedentes, y ha sido objeto de una atención más bien escasa por parte de la doctrina. La LECA, por su parte, contaba con una norma sobre esta materia: el art. 603, que regulaba un supuesto de exhibición documental. A continuación, paso a comentar los puntos que

focalizaron el análisis doctrinal de dicho precepto, sobre todo, tras su reforma de 1984<sup>133</sup>.

Las reflexiones se centraban principalmente en la siguiente cuestión: si solamente se regulaba el deber de exhibición de documentos por parte de un tercero o, por el contrario y aunque el art. 603 nada dijera al respecto, si también se regulaba el mismo deber pero por parte de los litigantes. Del tenor literal de este artículo no se desprendía este último deber, si bien fueron varios los autores, como PRIETO-CASTRO o MORENO CATENA, que se pronunciaron a favor de la existencia del deber de exhibición de documentos entre las partes<sup>134</sup>. Dichos autores sostenían que tal deber se infería de una interpretación estricta del art. 603 y del principio de la buena fe procesal del art. 11.1 LOPJ<sup>135</sup>.

En la dirección contraria, DE LA OLIVA SANTOS o CORDÓN MORENO, eran partidarios de considerar errónea la tesis de que, *a fortiori*, al quedar obligados los terceros a la exhibición de

---

<sup>133</sup>Art. 603 LECA: *Sólo se requerirá a los que no litiguen la exhibición de documentos privados de su propiedad exclusiva cuando, pedido por una de las partes, el Juez entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia. En tales casos el Juez ordenará la comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen y, tras oírle, resolverá lo procedente. Dicha resolución no es susceptible de recurso alguno, pero la parte a quien interese podrá reproducir su petición en la segunda instancia. Si estuvieren dispuestos a exhibirlos voluntariamente tampoco se les obligará a que lo presenten en la Secretaría y, si lo exigieren, irá el Secretario a sus casas u oficinas para testimoniarlos.* Para un balance general de la reforma de la LEC por la Ley 34/84, véase DE LA OLIVA SANTOS, Panorama general de la Reforma de la LEC por la Ley 34/84 en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, número 6, 1985, pp. 18-19.

<sup>134</sup>De este parecer eran PRIETO-CASTRO, *Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica Procesal Civil*, Volumen I, Madrid, 1950, pp. 162 y ss. O, MORENO CATENA, Comentario al artículo 603, en CORTÉS DOMÍNGUEZ (coord.), *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, pp. 538-539.

<sup>135</sup>SERRA DOMÍNGUEZ, La Prueba Documental, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (coord.), *Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Barcelona, 2000, p. 252.

documentos de su propiedad exclusiva, igualmente, quedaban obligados los litigantes con mayor razón. Negaban la existencia de este deber siguiendo la regla clásica *nemo tenetur edere contra se*. Según estos mismos autores, la LECA contenía la idea de que una parte no tenía ni el deber ni la carga de ayudar a la otra. Basta ver que la única referencia al respecto era la regulación de las diligencias preliminares de los apartados 3 y 5 del art. 497 LECA<sup>136</sup>.

En la actualidad, ya no existe tal discrepancia puesto que en los artículos 328 y siguientes de la LEC se regula específicamente el deber de exhibición documental entre partes así como la exhibición por terceros.

**1.1.1 LA DIFERENTE SIGNIFICACIÓN DEL AFORISMO *NEMO TENETUR EDERE CONTRA SE* EN EL ÁMBITO PUNITIVO Y EN EL CIVIL. BREVE APUNTE HISTÓRICO**

Después de todo lo dicho en esta introducción sobre la exhibición documental entre partes, parece preciso hacer una referencia histórica al aforismo *nemo tenetur edere contra se*.

Este principio, referido a que nadie está obligado a suministrar prueba a su adversario, elementos o informaciones que contribuyan a su incriminación (*selbstbelastungsfreiheit, privilege against self-incrimination*), tiene un origen incierto en el Derecho Medieval común

---

<sup>136</sup>Véase CORDÓN MORENO, Comentario a los artículos 328 y 329 LEC en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 1455. O, DE LA OLIVA SANTOS (con FERNÁNDEZ), *Derecho Procesal Civil...*, p. 367. Vid., asimismo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES y CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (ALBALADEJO –dir.–), Madrid, 1991, pp. 129-130.

o Romano tardío, incluso <<aparece desvirtuado especialmente en lo que se refiere a la producción de la prueba confesional y a la exhibición de documentos>><sup>137</sup>.

Se trataba, en efecto, de un principio con antecedentes poco conocidos y difusos que <<por tradición, comodidad o pereza se viene transmitiendo a lo largo del tiempo>><sup>138</sup>. Por lo demás, como ya he referido antes, no se trata de una regla del Derecho Romano clásico sino del *Ius Commune* (derecho medieval de los glosadores)<sup>139</sup>.

Es importante reparar, además, que la aplicación de esta regla estaba fundamentalmente concebida para el ámbito del Derecho penal o sancionatorio. Cabe apreciar con claridad en las fuentes históricas que todas las referencias van en esta misma dirección, es decir, referidas al imputado o acusado, que no está obligado a declarar contra sí mismo ni a contribuir de modo alguno a su propia condena<sup>140</sup>. Esto significa, entre otras cosas, que la referencia al ámbito del Derecho civil no pasa, a lo más, de ser una referencia mecánica, pero en verdad faltada de efectividad o si se prefiere, una afirmación general en el marco de una literatura jurídica que no distinguía con precisión, como en la actualidad, entre el proceso punitivo y el civil, aunque no faltan en el derecho comparado, sin

---

<sup>137</sup>KIELMANOVICH, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado*, Buenos Aires, 2005, Tomo I, op. cit., p. 667.

<sup>138</sup>COUTURE, Sobre el Precepto *Nemo Tenetur Edere Contra Se* en *Revista de Derecho Procesal*, 1993, op. cit., p. 53.

<sup>139</sup>LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter. Zusammengestellt, übersetzt und erläutert*, München, 1982, p. 134, número 81.

<sup>140</sup>HELMHOLZ, Origins of the Privilege Against Self-Incrimination: The Role of the European *Ius Commune* en *65 N.Y.U.L. Rev.* 962, 1990, pp. 1 y ss. (Versión generada electrónicamente y puede ser que el número de páginas no coincida con el original).

embargo, autores<sup>141</sup> que admiten la validez de este aforismo clásico también en el proceso civil.

Un problema interesante, que aquí no podemos sino dejar apuntado, es el supuesto en el que se solicite, en el marco de un proceso civil, la exhibición de unos determinados documentos que puedan constituir elementos inculpatorios o probatorios de la responsabilidad penal de la persona requerida a exhibir (documentos que podrían dar pie a la incoación de diligencias penales por delito fiscal, por ejemplo). Responder adecuadamente a esta cuestión entrañaría adentrarse en los arcanos, perplejidades e insondables complejidades del derecho a no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable<sup>142</sup>. Una mirada superficial a la alambicada e intrincada jurisprudencia del TEDH y a la del TC en la materia son más que suficientes para reparar hasta que punto resultaría imprudente entrar en este tema en el marco del presente estudio. Baste aquí dejarlo apuntado y desear que sea suficientemente abordado en un trabajo *ad hoc*.

---

<sup>141</sup>STÜRNER, La Obtención de Información Probatoria en el Proceso Civil (Gathering and Access to Evidence in Civil Procedure) en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXX (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2008), pp. 243 y ss.

<sup>142</sup>Véase al respecto: BANACLOCHE PALAO, El Derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en *Cuadernos de Derecho Público*, número 10, 2000, pp. 179 y ss. VILLAMARÍN LÓPEZ, La Protección Constitucional del Derecho a no confesarse culpable en *Revista de Derecho Procesal Penal* (Argentina), número 1, 2010, pp. 139 y ss. ANEIROS PEREIRA, El Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Quincena Fiscal: Revista de Actualidad Fiscal*, número 17, 2002, pp. 9 y ss. GOYENA HUERTA, Los Derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 476, 2001, pp. 1 y ss. MAQUEDA ABREU, Exigibilidad y Derecho a no declararse culpable en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 44, 1991, pp. 25 y ss. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, Límites del Derecho de la Persona a no declararse culpable en *Cuadernos de Política Criminal*, número 75, 2001, pp. 683 y ss.

La referencia exclusiva o abrumadoramente mayoritaria del principio *nemo tenetur* al proceso punitivo, por lo demás, parece estar completamente justificada: en el proceso civil, mediante los requerimientos de exhibición, se trata de permitir a los ciudadanos y personas jurídicas obtener la efectividad de sus derechos subjetivos frente a conductas injustificadamente obstructivas por parte de otros sujetos. El establecimiento de un verdadero deber y carga exhibitoria, parecen, por lo tanto completamente abonados. En el proceso punitivo, por el contrario, se trata del ejercicio de la pretensión punitiva estatal, del ejercicio del *ius puniendi*, no de la efectividad de derechos subjetivos. Una experiencia histórica y universal incontestable y elementales exigencias de protección a los derechos de los ciudadanos así como la necesidad de levantar valladares o diques contra un poder estatal poco menos que omnímodo, justifican un derecho de los ciudadanos a no confesar contra sí mismos, a no suministrar al aparato represivo estatal elementos que puedan conducir a la propia incriminación o autoinculpación. Nuevamente cabe constatar que proceso penal y proceso civil resultan realidades diametralmente opuestas y construidas sobre bases completamente diversas, de suerte que lo que vale para uno difícilmente o por excepción puede aplicarse cabalmente al otro.

## **1.2 SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DEBER GENERAL DE COLABORACIÓN ENTRE LAS PARTES**

En clara conexión con el apartado anterior y los siguientes surge la necesidad de esclarecer si cabe hablar de un deber general de los litigantes que les imponga proporcionarse o facilitarse

mutuamente los elementos y medios probatorios a su disposición que puedan aprovechar o favorecer el éxito de la pretensión contraria. Para ello examinaré principalmente el principio de buena fe procesal con el que parece estar, en principio, conectada la cuestión<sup>143</sup> y sin olvidarnos de lo analizado inicialmente sobre el derecho a acceder a la prueba del artículo 24 CE.

Las primeras reflexiones sobre el principio de la buena fe - primeras y provechosas- las hallamos en el ámbito de la doctrina civilista<sup>144</sup>. Sin embargo, los primeros antecedentes del mencionado principio se encuentran en la historia legislativa española, en particular, en el código de las Siete Partidas de Alfonso X “El Sabio”<sup>145</sup>.

Más recientemente, el art. 247 LEC establece lo siguiente en relación con las reglas de la buena fe: *los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil*

---

<sup>143</sup>HUNTER AMPUERO, No hay Buena Fe sin Interés: La Buena Fe Procesal y Los Deberes de Veracidad, Completitud y Colaboración en *Revista de Derecho*, Vol. 21, número 2, 2008, pp. 151 y ss.

<sup>144</sup>A título indicativo, MOZOS, *El Principio de la Buena Fe: Sus Aplicaciones Prácticas en el Derecho Civil Español*, Barcelona, 1965 o WIEACKER, *El Principio General de la Buena Fe*, Madrid, 1982. A su vez, en el ámbito del Derecho Administrativo, GONZÁLEZ PÉREZ, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1983. En el campo del Derecho Laboral, MONTOYA MELGAR, *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 2001.

<sup>145</sup>PICÓ JUNOY, *El Principio de la Buena Fe Procesal*, Barcelona, 2003, pp. 57 y ss.

euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio<sup>146</sup>.

Este art. 247 LEC encuentra su equivalente en la LOPJ en el art. 11 que dispone que *en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes*<sup>147</sup>.

Como ya tendremos ocasión de comprobar más adelante, puede hallarse otra manifestación de la buena fe en los así llamados deberes de colaboración que persiguen proporcionar la ayuda necesaria para cumplir con las pautas que marcan la colaboración con la justicia.

---

<sup>146</sup>El referido artículo sigue añadiendo que *para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. En todo caso, por el Secretario judicial se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o la Sala. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria. Las sanciones impuestas al amparo de este artículo se someten al régimen de recursos previstos en el Título V del Libro VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

<sup>147</sup>STS de 15 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8118), fundamento jurídico cuarto.

Lo expuesto, por otra parte, no es ajeno a la configuración del proceso como situación jurídica. Precursor de esta teoría era GOLDSCHMIDT. Este autor introdujo el concepto de carga procesal, diferenciándolo del concepto de deber, y cuya satisfacción evita sufrir unas consecuencias desfavorables<sup>148</sup>.

En las líneas que siguen se prestará especial atención a los tres aspectos antes mencionados, que guardan entre sí una estrecha interrelación.

La determinación de la existencia de un deber de colaboración que imponga a las partes poner de manifiesto elementos probatorios favorables a su adversario procesal no es una cuestión pacífica en la doctrina. La discusión se debe a la conexión entre los deberes que pueden enmarcarse dentro de la buena fe y los principios de nuestro proceso civil, en particular, el principio dispositivo, a la posición de la buena fe en el sistema procesal, al alcance de los ideales de justicia, así como, a otros aspectos del proceso.

Si dirigimos nuestra mirada al derecho comparado, en la institución del *discovery* estadounidense cabe observar un auténtico y genuino deber de colaboración, de ahí el interés que suscita esta institución anglosajona, tan en boga, en el marco de este estudio. Las reglas 26 y siguientes de las *Federal Rules of Civil Procedure* contemplan la obligación inicial de las partes de revelar información, sin esperar a una formal solicitud de *discovery*<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup>GOLDSCHMIDT, J., *Teoría General del Proceso*, Barcelona, 1936, p. 100.

<sup>149</sup>GILSANZ USUNAGA, *El Proceso Civil Estadounidense: La Tutela Judicial Cautelar*, Navarra, 2010, p. 96.

En las páginas siguientes veremos cómo se intenta cumplir con todas las expectativas descritas en esta introducción.

**1.2.1 EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE PROCESAL COMO POSIBLE  
FUNDAMENTO DE LOS DEBERES DE COLABORACIÓN. CONCEPTO Y  
FUNDAMENTACIÓN**

Han sido muchos los esfuerzos por parte de la doctrina científica para atinar en la definición del concepto de buena fe, que entraña muy considerables dificultades de comprensión<sup>150</sup>. El trabajo más extenso en esta materia se debe a PICÓ JUNOY y son muchos los autores<sup>151</sup> que citan y siguen su obra en la que se llega a la conclusión de que la buena fe es un concepto jurídico indeterminado del cual sólo pueden hacerse <<meras aproximaciones conceptuales: conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta>> y, en otras ocasiones, es la propia jurisprudencia la que establece los presupuestos sobre los que se asienta la buena fe<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup>DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *La Doctrina de los Propios Actos*, Barcelona, 1963, pp. 134-135.

<sup>151</sup>LOZANO-HIGUERO PINTO, *La Buena Fe Procesal: Consideraciones Doctrinales y Jurisprudenciales/El Abuso del Proceso: Mala Fe y Fraude de Ley Procesal en Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVIII, 2005, p. 46; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, *La Buena Fe y el Abuso del Proceso en el Ámbito Penal/ El Abuso del Proceso: Mala Fe y Fraude de Ley Procesal...*, p. 126, o CACHÓN CADENAS, *La Buena Fe en el Proceso Civil/ El Abuso del Proceso: Mala Fe y Fraude de Ley Procesal...*, p. 212.

<sup>152</sup>PICÓ JUNOY, *El Principio de la Buena Fe Procesal...*, op. cit., pp. 69 y ss. A modo de ejemplo la definición de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10), de 7 de marzo de 1998 (AC 1998/7094) estableciendo que es <<la acomodación a las normas establecidas para cada relación jurídica>> (fundamento jurídico segundo). Más sentencias en esta dirección conceptual: Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería número 12/2004 (Sección 2), de 3 de febrero (AC 2004/566), STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/8131), Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo número 4/1998 (Sección 2), de 12 de enero (AC 1998/3073) o la definición más amplia proporcionada

En cuanto a la fundamentación hay que poner énfasis en la relación de la buena fe con los derechos fundamentales reconocidos en la CE. Es decir, es necesario examinar si las reglas de la buena fe constituyen un límite a estos derechos fundamentales<sup>153</sup>.

Los derechos fundamentales (como los no fundamentales) cuentan con sus propias limitaciones de carácter intrínseco. En esta dirección, el TC español se ha pronunciado imponiendo como límites a los derechos fundamentales las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil. Abanderado de ello es el art. 7 CC que presenta el siguiente tenor literal: *los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*<sup>154</sup>. Parece clara la existencia de límites

---

por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Islas Baleares, Palma de Mallorca, número 50/2009, de 11 de febrero (AC 2009/300) cuando dispone que <<la buena fe sirve para expresar la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado de que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta. Se define como la confianza o esperanza en una actuación correcta de otro, concretándose en la lealtad en los tratos y en la fidelidad de la palabra dada. Incluso Cossío ha llegado a formular el hecho de que la buena fe ha llegado a ser, dentro de nuestro derecho positivo, una verdadera fuente de normas objetivas, un conjunto de normas jurídicas sin formulación positiva concreta y que son reunidas bajo esta denominación impropia y ocasionada a equívocos>> (fundamento jurídico sexto). Además, sobre máximas de experiencia definidoras de los conceptos de buena o mala fe, STS de 9 de octubre de 1997 (RJ 1997/7107), fundamento jurídico cuarto.

<sup>153</sup>Sobre la buena fe en el ejercicio de los derechos, Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 22/2001 (Sección 2), de 25 de enero (JUR 2001/122129). DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., opina que el término buena fe no denota ambigüedad pero sí vaguedad. Y la vaguedad <<es frecuente en las normas constitucionales y, en particular, en las que consagran derechos fundamentales>>, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Navarra, 2008, op. cit., p. 48.

<sup>154</sup>Sobre este art. 7 del CC, véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava número 258/1999 (Sección 1), de 24 de julio (AC 1999/2207), fundamento jurídico segundo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida número 230/1997 (Sección 2), de 9 de mayo (AC 1997/1139), fundamento jurídico segundo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres número 6/1998 (Sección 1), de 15 de enero (AC 1998/2774), fundamento jurídico segundo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia número 189/1999, de 29 de julio (AC 1999/1956), fundamento jurídico sexto, STS de 28 de febrero de 1990 (RJ 1990/726), fundamento jurídico tercero, STS de 15 de abril de 1998 (RJ 1998/2053), fundamento jurídico tercero, Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 14 de enero de 1994 (AC 1994/11), fundamento jurídico tercero, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 14 de enero de 1994 (AC 1994/84), fundamento jurídico cuarto, Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas número

intrínsecos relacionados con la buena fe, fraude de ley y abuso de derecho puesto que la segunda parte del art. 7 dispone que *la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*

Una posición que abogase por el carácter ilimitado de los derechos fundamentales queda totalmente desvirtuada por lo dispuesto en el párrafo precedente. Es una evidencia que, según el contenido del art. 7 CC, todos los derechos deberán ejercitarse conforme a la buena fe<sup>155</sup>.

Pero no está de más detenerse en esta última consideración por la cierta discrepancia que parece existir en torno a la supremacía de la norma fundamental sobre las restantes disposiciones del CC<sup>156</sup>. La Constitución es la norma suprema y como tal prevalece sobre las demás leyes. PICÓ JUNOY quiere dejar zanjado el asunto mediante las siguientes reflexiones: el Título Preliminar del CC hace acopio de una serie de reglas cuyo valor es el mismo que se les atribuyó históricamente. Así las cosas, si se quiere buscar la esencia de este Título la hallamos aludiendo al hecho de que la CE, cuando recoge sus derechos, <<lo que pretende es garantizar su plena vigencia

---

52/1997 (Sección 1), de 20 de febrero (AC 1997/809), fundamento jurídico tercero, STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2609), etc.

<sup>155</sup>PECES-BARBA, *Derechos Fundamentales*, Madrid, 1986, pp. 110-111.

<sup>156</sup>Véase DE OTTO, *La Regulación del ejercicio de los Derechos y Libertades. La Garantía de su contenido esencial en el Artículo 53.1 de la Constitución en Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, p. 13.

siempre que se ejerciten válidamente, esto es, no exista un ejercicio antisocial del mismo. De esta forma, la mala fe no actúa como límite al contenido del derecho sino a su ejercicio, esto es, a la manera en que pretende llevarse a cabo en un caso concreto>><sup>157</sup>.

### **1.2.2 LOS DEBERES DE VERACIDAD Y DE INTEGRIDAD**

La doctrina científica se ha cuestionado el alcance de las reglas de la buena fe en las alegaciones fácticas de las partes y lo ha hecho, en concreto, interrogándose si existe en el proceso un deber general de veracidad y de integridad<sup>158</sup>.

Hay ordenamientos, como el alemán o el austriaco, que se ocupan de los deberes de veracidad y completitud (o plenitud)<sup>159</sup>. En

---

<sup>157</sup>PICÓ JUNOY, *El Principio de la Buena Fe Procesal...*, op. cit., p. 80.

<sup>158</sup>PICÓ JUNOY manifiesta que en los procesos declarativos hay una serie de reglas de la buena fe, podría tratarse de aparentes reglas, que pueden resumirse en: solicitudes fundamentadas de diligencias preliminares; prestaciones de caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que estas diligencias puedan irrogar; la inadmisión de pruebas inútiles, impertinentes o ilícitas; la interposición de la demanda si se ha solicitado una medida de aseguramiento de la prueba con anterioridad al proceso; la aportación inicial de los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden junto a los efectos de la presentación de documentos en momento no inicial del proceso; el posicionamiento sobre la autenticidad de los documentos en la audiencia, y la exigencia de aportación, en el deber de exhibición documental entre partes, de los documentos que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba o, en el supuesto de los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, habrá de aportarse un principio de prueba (presentación de un muestra de los ejemplares en los que se hubiere materializado la infracción), *El Principio de la Buena Fe Procesal...*, pp. 130 y ss.

Sobre la presentación de documentos en momento no inicial del proceso, <<en realidad, cuando se trata de un documento que <<no se ha podido confeccionar>>, la doctrina ha sostenido desde siempre que se habla de casos en los que sobreviene con posterioridad al inicio del proceso un hecho nuevo de influencia en él, de manera que sólo producido el hecho surge la oportunidad o necesidad de documentarlo(...)>>, GUZMÁN FLUJA que a su vez cita a MONTERO, Comentario al artículo 270 LEC, en ESCRIBANO MORA (coord.), *El Proceso Civil*, Vol. III, Valencia, 2001, op. cit., p. 2126.

<sup>159</sup><<(...), el art. 138 de la ZPO consagra el deber de las partes de ser veraces. En el mismo supuesto se encuentra el ordenamiento austriaco con la Ordenanza Procesal de

otros, como el italiano o el español, no hay previsiones normativas sobre estos mismos deberes<sup>160</sup>.

Para perfilar aun más lo expuesto cabe afirmar que en nuestro ordenamiento sí que aparece, en el art. 247 LEC, una manifestación genérica de las reglas de la buena fe. Hay que notar que en el derecho español el deber de veracidad podría encontrar encaje en la noción de buena fe procesal. En este sentido, ocurre lo mismo con el resto de deberes (completitud y colaboración). Decir la verdad o colaborar, de entrada, son expresiones próximas o cercanas a la actuación de buena fe.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN señala, como otra expresión del referido principio, que el ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonestas (no defraudar, no engañar, etc.)<sup>161</sup>.

Estas afirmaciones, sin embargo, se ven cuestionadas por las críticas de otros autores que no conciben la existencia de un verdadero y propio deber de veracidad en el proceso civil. En esta dirección se encuentran CALAMANDREI o SCARSELLI<sup>162</sup>.

---

Klein de 1895, que en el art. 178 mantiene en vigencia el principio de veracidad y completitud en las narraciones de los hechos>>>, HUNTER AMPUERO, No hay Buena Fe sin Interés: La Buena Fe Procesal y Los Deberes de Veracidad, Completitud y Colaboración..., op. cit., p. 154.

<sup>160</sup>CALOGERO, Probità, Lealtà, Veracità nel Processo Civile en *Rivista de Diritto Processuale Civile*, Vol. XVI, parte I, 1939, pp. 129 y ss.

<sup>161</sup>DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *La Doctrina de los Propios Actos...*, pp. 134 y ss.

<sup>162</sup>CALAMANDREI, P., Il Processo come Giuoco en *Rivista de Diritto Processuale Civile*, 1950, pp. 23 y ss. O, SCARSELLI, Lealtà e Probità nel compimento degli Atti Processuali en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1998, 1, pp. 112 y ss.

Pues bien, una vez expuesto el dilema ahora referido, hay que señalar -aquí solamente señalar- las soluciones propuestas por la doctrina procesalista.

Para determinada corriente doctrinal, el deber de veracidad encuentra su razón de ser en que la aplicación del mismo supone ignorar el principio dispositivo. Esta afirmación, sin embargo, no es pacífica en la doctrina. Veamos con mayor detalle opiniones doctrinales al respecto.

PRIETO-CASTRO advertía <<que la libertad de conducta que el principio dispositivo reserva a las partes no puede ir tan lejos que permita la licencia, el ataque a la buena fe y a la ética procesal y el empleo deliberado del dolo y el fraude>><sup>163</sup>.

De igual modo, MICHELI y MARCHETTI asumen que el deber de veracidad es una derivación del principio de la buena fe totalmente compatible con el principio dispositivo ya que la parte puede recurrir a la opción de no actuar pero si decide actuar debe decir la verdad<sup>164</sup>. En una dirección similar discurría la tesis de CAPPELLETTI que disponía, tajantemente, que la obligación de decir la verdad operaba sin contradicción alguna con el principio dispositivo propiamente

---

<sup>163</sup>PRIETO-CASTRO, *Ética Procesal. Valoración de la Conducta de las Partes en Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica del Proceso Civil*, Vol. I, Madrid, 1950, op. cit., pp. 140-141.

<sup>164</sup>MICHELI, *La Carga de la Prueba*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Bogotá, 2004, pp. 151-152. O, *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1970, pp. 264 y ss. Y, MARCHETTI, *Dolo Revocatorio e Falsa Alegazione en Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XV, 1960, p. 427.

dicho<sup>165</sup>. En otro lugar de este trabajo, trataremos esta cuestión de nuevo.

Una vez constatadas las generalidades relativas al deber de veracidad, el deber de integridad o plenitud (completitud) puede aparecer como otra concepción del tan traído y llevado principio de buena fe. La definición del mismo se refiere al deber de aportación de todos los datos conocidos por la parte. Suele decirse que en un proceso civil regido por el principio dispositivo esto no es de aplicación. En efecto, el art. 399 LEC, apartado primero, establece que *el juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida*. En todo caso, las partes pueden evitar la aportación de datos que les puedan perjudicar o documentos que consideren comprometidos. Aspecto distinto aunque conexo es la negativa injustificada a exhibir por la parte contraria del que trataré en su momento.

En el examen de la cuestión, asimismo, como posibles expresiones de buena fe en las alegaciones fácticas iniciales hallamos la necesidad del art. 399 LEC de fijar con claridad y precisión los hechos ocurridos y lo que se pida. De este modo, la parte contraria dispone de elementos suficientes para ejercer su derecho de defensa. En el caso del demandado también puede darse esta exigencia y, en

---

<sup>165</sup>CAPPELLETTI, *La Testimonianza della Parte nel Sistema Dell'Oralità*, Tomo I, Milano, 1962, p. 388.

este sentido, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 19 de marzo de 1993, fundamento jurídico segundo: <<la actitud adoptada por la entidad H. para M. y C., S.A. al contestar la demanda no se corresponde con la de una parte que respete las reglas de la buena fe (...), pues se limita a negar genéricamente las relaciones habidas con la actora, cuando una descripción tan concreta de hechos a cargo de ésta le debería haber llevado, de acuerdo con la referida buena fe procesal y contractual, a explicar la extraña razón que movía a S. de F. N. S.A. (...)>>. Particularmente relevante es, si una vez precluidos los actos de alegación previstos en esta ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese algún hecho nuevo o de nueva noticia, las partes podrán hacerlo valer mediante el escrito de ampliación de hechos, imponiendo el tribunal una multa si se apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la justificación de estos hechos de nuevo conocimiento.

Sintéticamente, el cumplimiento de las exigencias de la buena fe por parte del demandado provoca otras situaciones de interés como el art. 406.3 LEC que dispone que *la reconvencción se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el artículo 399. La reconvencción habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos*. Coincide con el art. 399 en el sentido de que se pretenden evitar conductas malintencionadas entre las partes. La falta de claridad de su pretensión puede equipararse a una actitud contraria a la buena fe. O el art. 815 LEC que, en relación con el proceso monitorio, dispone que el deudor debe alegar sucintamente las razones por las que, según él, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada, entendiéndose la Sentencia de la Audiencia

Provincial de Valencia de 25 de abril de 2002, en su fundamento jurídico primero, que lo dicho responde al principio de la buena fe procesal de los arts. 11 LOPJ y 247 LEC y a la necesidad de no ocultar a la parte contraria sus pretensiones.

### **1.2.3 LOS LLAMADOS DEBERES DE COLABORACIÓN**

Llegados a este punto aparecen en escena los llamados *deberes de colaboración* que coinciden en esencia con lo anteriormente reseñado.

No pretendemos en este apartado un análisis exhaustivo de dichos deberes, sino reflexionar si, en concreto, cabe o no hablar de un deber general de que las partes se proporcionen recíprocamente medios de prueba.

En la doctrina es frecuente relacionar los conceptos de deberes de colaboración con los de buena fe e interés de las partes por buscar la solución de la controversia. La principal expresión del deber de colaboración <<es la de acompañar al proceso todos los medios de prueba al alcance de la parte>><sup>166</sup>. Toda vez, siguiendo con lo que venimos argumentando, que un litigante pretenda esconder, negar o alterar algún medio probatorio, esta conducta se convertiría en algo contrario a la buena fe (se trataría de un comportamiento desleal)<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup>HUNTER AMPUERO, No hay Buena Fe sin Interés: La Buena Fe Procesal y Los Deberes de Veracidad, Completitud y Colaboración..., op. cit., p. 156.

<sup>167</sup>En dicho sentido, GONZÁLEZ GRANDA dice que <<la importancia del deber de colaboración de las partes no ha hecho sino incrementar con la vigencia de la nueva LEC y su filosofía inspiradora, en relación directa con el principio de la buena fe>>, Los Criterios de Disponibilidad y Facilidad Probatoria en el Sistema del Artículo 217 de la LEC en *Carga de la Prueba y Responsabilidad Civil*, Valencia, 2007, op. cit., p. 66.

En otros ordenamientos y, en particular en el *discovery* estadounidense, cabe hablar de un auténtico y genuino deber de colaboración. El deber de revelar información del proceso al adversario es una realidad desde 1993 y se recurre a esta fase porque en los *pleadings* -lo que en nuestro Derecho Procesal se conoce con los nombres de demanda, contestación y reconvenición-, no ha quedado bien delimitado el objeto del proceso<sup>168</sup>. Para reafirmar lo relativo al deber de colaboración entre las partes, en el proceso americano, hay que decir, precisamente, que el éxito del *discovery* depende de la cooperación y comunicaciones entre las partes (los litigantes requeridos deberán proporcionar la identidad de los testigos y el reconocimiento de los documentos a la parte solicitante)<sup>169</sup>.

Por lo demás, los *pleadings* tienen en cuenta cuestiones de hecho y de derecho y pueden ser definidos como proposiciones de los hechos que fundamentan la causa de la demanda del actor o la defensa del demandado. En cualquier caso, de todo esto hablaremos en profundidad en el capítulo dedicado al derecho comparado.

Como habrá ocasión de comprobar, la implementación en nuestro ordenamiento de una fase similar al *discovery* americano comportaría ciertas dificultades a tenor, por ejemplo, de su coste elevado o las excesivas dilaciones que podría comportar (*time-*

---

<sup>168</sup>GILSANZ USUNAGA, *El Proceso Civil Estadounidense: La Tutela Judicial Cautelar...*, p. 97.

<sup>169</sup>SIMPSON (con KOPIL, WINTER, THOMPSON, IVEY y SHELLEY), *Recent Developments in Civil Procedure and Evidence en 32 Tort & Ins. L.J.* 249, 1996-1997, p. 254.

*consuming*), la neutralidad del juez o que en nuestro sistema no rige un *adversary system* como el americano<sup>170</sup>.

#### **1.2.4 CONCLUSIÓN. NO EXISTE UN DEBER DE COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES EN NUESTRO PROCESO CIVIL**

Tras realizar una serie de consideraciones generales acerca del principio de la buena fe y de los deberes de veracidad, integridad y colaboración, comienzan a vislumbrarse, de forma genérica, las primeras dificultades planteadas respecto de su compatibilidad con la regulación del proceso civil español.

PICÓ JUNOY sostiene una posición clara en relación con el deber de veracidad y el deber de integridad y, en este sentido, niega la existencia del deber de plenitud en un proceso <<inspirado por el principio dispositivo>>. En el plano del deber de veracidad, el mismo autor opina que dicho deber no vulnera el principio dispositivo<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup>Para conocer más aspectos de la regla 26 y acerca del *discovery*, véase SIMPSON (con KOPIL, WINTER, THOMPSON, IVEY y SHELLEY), *Recent Developments in Civil Procedure and Evidence...*, pp. 254 y ss.

<sup>171</sup>PICÓ JUNOY, *El Principio de la Buena Fe Procesal...*, op. cit., pp. 135 y 140. Para conocer más sobre el fundamento del principio dispositivo, véase RAMOS MÉNDEZ, *La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil en Justicia*, I/1983, p. 23.

En nuestro sistema procesal civil<sup>172</sup> existen una serie de actos procesales encuadrables en la noción de carga, que las partes realizarán o no, logrando una ventaja para sus intereses o liberándose de cierto perjuicio, esto es, de una consecuencia negativa. En nuestra LEC, tenemos ejemplos concretos de lo que acabamos de comentar como el del art. 307 LEC que establece que *si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte*. Lo mismo sucede en el supuesto de respuestas evasivas o inconcluyentes. O, en el art. 329 y ante la negativa injustificada a la exhibición, *el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado*.

Por lo demás, son mayoritarios los autores que niegan la existencia de un deber general de colaboración entre las partes. Así, SERRA DOMÍNGUEZ, en relación con el deber de veracidad, niega su existencia en el proceso. <<Únicamente en un mundo ideal en que todos los ciudadanos declararan la verdad, aun cuando ésta pudiera

---

<sup>172</sup>Sobre el proceso y las teorías sobre la naturaleza jurídica de la realidad procesal, véase DE LA OLIVA SANTOS, Sobre Conceptos Básicos del Derecho Procesal en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, número I, 1976. Dentro de la naturaleza jurídica del proceso se pueden destacar diferentes teorías: el proceso como contrato de *litiscontestatio* o *cuasilitiscontestatio*; el proceso como una sucesión de actos concatenados dirigidos a obtener el acto de tutela jurídica, lo cual ha sido desarrollado y mejorado por otras teorías: el proceso como relación jurídica; el proceso como situación jurídica; el proceso como institución jurídica, y, finalmente, el proceso como concepto jurídico autónomo, ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil, Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, Madrid, 2010, pp. 42-43.

suponerles un grave perjuicio, podría admitirse un deber de veracidad. Pero entonces sobraría incluso el proceso>><sup>173</sup>. O, HUNTER AMPUERO que sigue la misma dirección al manifestar que un proceso basado en estos deberes procesales significa equiparar a los terceros (ajenos al proceso) con las partes por servir, ambos, a intereses de la justicia<sup>174</sup>.

Pero aun hay mucho más. A propósito del deber de veracidad, el principio dispositivo, que hace referencia al poder de las partes sobre las pretensiones que ejercitan en el proceso, es incompatible con la existencia de este deber. En esta corriente de pensamiento se encuentran CALAMANDREI o SCARSELLI<sup>175</sup>. Frente a los autores referidos, PRIETO-CASTRO advertía <<que la libertad de conducta que el principio dispositivo reserva a las partes no puede ir tan lejos que permita la licencia, el ataque a la buena fe y a la ética procesal y el empleo deliberado del dolo y el fraude>><sup>176</sup>. Del mismo parecer eran MICHELI, MARCHETTI y CAPPELLETTI, ya referidos.

Por otro lado, son varios los autores que, siguiendo un símil bélico, afirman que el proceso no es una guerra, que no todo está permitido<sup>177</sup>. Pero el proceso tampoco puede ser concebido como un

---

<sup>173</sup>SERRA DOMÍNGUEZ, Liberalización y Socialización del Proceso Civil (Las Facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales) en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, números 2-3, 1972, op. cit., p. 543.

<sup>174</sup>HUNTER AMPUERO, No hay Buena Fe sin Interés: La Buena Fe Procesal y Los Deberes de Veracidad, Completitud y Colaboración..., p. 166-167, nota a pie de página.

<sup>175</sup>CALAMANDREI, P., Il Processo come Giuoco en *Rivista de Diritto...*, pp. 23 y ss. O, SCARSELLI, Lealtà e Probità nel compimento degli Atti Processuali en *Rivista Trimestrale...*, pp. 112 y ss.

<sup>176</sup>PRIETO-CASTRO, Ética Procesal. Valoración de la Conducta de las Partes..., op. cit., pp. 140-141.

<sup>177</sup>GROSSMANN, El Deber de Veracidad de las Partes Litigantes en los Juicios Civiles. Exposición de Derecho Comparado en *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 71, Buenos Aires, 1940, p. 20.

lugar de colaboración mutua. Desde mi punto de vista, existe el art. 328 LEC que establece el deber de exhibición documental entre partes pero más allá de este artículo no existe un deber general de cooperación entre las partes. Los litigantes pueden reservarse, por ejemplo, documentos.

A la luz de lo expuesto cabe afirmar, igualmente, que la existencia de deberes procesales tiene que ir acompañada del respeto a derechos fundamentales como el derecho de defensa, por ejemplo.

En clara conexión con lo anterior aparece el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. A simple vista, con el establecimiento de estos deberes puede verse vulnerado el derecho de defensa de alguna de las partes. Algún autor, como HUNTER AMPUERO, dice que es una evidencia que el litigante al que se impone un deber de veracidad o de colaborar con los medios de prueba a su alcance, <<cae en una hipótesis de indefensión>><sup>178</sup>. Y, ¿en qué consiste la indefensión? <<La indefensión consiste en no sufrir en el seno del proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales del derecho de defensa (...) siempre que tal privación o limitación de la defensa acarree un perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses sustantivos del justiciable>><sup>179</sup>. Así pues, con la imposición de un deber de colaboración, una de las partes ve limitadas sus oportunidades desde el punto de vista del derecho de defensa. Si bien, el ATC 877/1987, de 8 de julio, se ha pronunciado, en este sentido,

---

<sup>178</sup>HUNTER AMPUERO, No hay Buena Fe sin Interés: La Buena Fe Procesal y Los Deberes de Veracidad, Completitud y Colaboración..., op. cit., pp. 173-174.

<sup>179</sup>DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., (con BORRAJO INIESTA y FERNÁNDEZ FARRERES), *El Derecho a la Tutela Judicial y el Recurso de Amparo. Una Reflexión sobre la Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, 1995, op. cit., p. 100.

estableciendo que el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable del art. 24.2 CE no es válido para el proceso civil.

Como en tantas otras situaciones de conflicto, en el caso que nos ocupa hay argumentos que nos permitirían una interpretación matizada de nuestra postura. Si no es válido, en el proceso civil, el derecho a no confesarse culpable, un sujeto determinado debería colaborar aunque eso supusiese su propia derrota procesal. De todas formas, hay otras razones importantes por las que se puede afirmar la ausencia de un deber de colaboración en nuestro proceso, como por ejemplo, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Tras lo expuesto en las líneas precedentes, creo poder concluir que el instituto de la exhibición documental entre partes no puede encontrar su fundamento en una suerte de deber genérico que grave a los litigantes a prestarse recíprocamente medios de prueba que puedan contribuir al éxito de la pretensión adversa.

Como se ha visto, el deber genérico de buena fe, con sus vaporosos y deletéreos perfiles, no parece incluir un deber en el sentido expuesto. No al menos de conformidad con el contenido y límites que le atribuye la doctrina que se ha ocupado extensamente de la cuestión.

Tampoco creo que unos así llamados deberes de veracidad, completitud, integridad o plenitud alcancen a proscribir la conducta

de un litigante que silencia al adversario el hecho de disponer de medios de prueba capaces de perjudicar su propia posición procesal y favorecer la contraria.

Tal deber no se establece expresamente en Derecho español, y si el legislador ha tenido que introducirlo de forma expresa mediante los artículos 328 y siguientes de la LEC, estamos ante una buena prueba elocuente de que no cabe hablar en términos generales de un sedicente deber de colaboración entre las partes. De nuestra LEC no se desprende que las partes estén <<vinculadas por un deber de buena fe que suponga la exigencia de hacer y de hacer de determinada manera>><sup>180</sup>. Por lo que al deber de veracidad respecta, nadie quebranta dicho imperativo por el hecho de no revelar elementos probatorios que le perjudiquen. Tal cosa sólo sucedería si, interrogado al respecto, mintiese o faltase conscientemente a la verdad.

Pero el ordenamiento jurídico no ha querido poner a los litigantes en un proceso civil en dicha tesitura, con carácter general. En alguna ocasión lo ha hecho efectivamente, como en el caso del artículo 309.1 LEC, que dispone que cuando la parte declarante sea una persona jurídica o ente sin personalidad, y su representante en juicio no hubiera intervenido en los hechos controvertidos en el proceso, habrá de alegar tal circunstancia en la audiencia previa al juicio, y deberá facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica o entidad interrogada, para que sea

---

<sup>180</sup>MONTERO AROCA, Sobre el mito autoritario de la Buena Fe Procesal en el *Curso del Consejo General del Poder Judicial, El Abuso del Proceso: Mala Fe y Fraude de Ley Procesal*, celebrado los días 23 a 25 de mayo de 2005, op. cit., p. 352, [http://egacal.educativa.com/upload/JMA\\_Montero03.pdf](http://egacal.educativa.com/upload/JMA_Montero03.pdf).

citada al juicio, pues si manifestase desconocer la persona interviniente en los hechos, el tribunal habría de considerar tal manifestación como respuesta evasiva o resistencia a declarar. Un deber general en dicho sentido, a mi juicio, no cabe ser afirmado en Derecho español. Incluso en el referido apartado primero del art. 309 LEC nos hallamos propiamente ante una carga, no ante un genuino deber.

Cierto es que el legislador podría actuar de modo contrario sin conculcar los fundamentos de la ordenación constitucional del proceso. No nos hallamos, en efecto, frente a una situación comparable a la del acusado, imputado o inculcado en una causa penal o administrativa de carácter sancionador, donde rige en su plenitud el derecho a no confesarse culpable o a no declarar contra sí mismo.

Establecer dicho imperativo con carácter general, como sucede en el Derecho norteamericano, no obstante, precisaría una profunda reflexión y ponderación previas. El diferente trasfondo cultural que subyace a los ordenamientos jurídicos de aquí y acullá el océano también es un elemento de no poca importancia para concluir en la inexistencia de un deber general de colaboración que nos ocupa.

Y en definitiva, tratándose de un deber, habría de establecerse también el necesario corolario de su sanción por incumplimiento. Tan o más efectiva que la amenaza de dicha sanción, sin embargo, resultan las consecuencias adversas de no levantar la carga de revelar o de poner a disposición de la parte contraria el medio probatorio correspondiente. Es esto último lo que ha hecho el legislador español,

no con alcance general sino limitado, referido a la prueba documental.

### **1.3 PROCEDIMIENTO**

#### **1.3.1 PRESUPUESTOS Y SOLICITUD DE EXHIBICIÓN**

Los presupuestos del deber de exhibición documental entre partes se encuentran recogidos en el art. 328 LEC y se pueden definir en los siguientes términos:

- 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 de la manera más exacta posible el contenido de aquél.*

En virtud de la Ley 19/2006, que ha modificado algunos preceptos de la LEC, se añade un nuevo presupuesto a los ya contemplados:

- 3) *En los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado. La solicitud*

*deberá acompañarse de un principio de prueba que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que, se hubiere materializado la infracción. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.*

Así pues, los presupuestos de la exhibición quedarían resumidos en: 1) documentos que no se hallen a disposición de la parte solicitante y referidos al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba o a documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros en los supuestos de procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual; 2) presentación de copia simple o versión del documento o de un principio de prueba en los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual, y 3) documentos que se hallen en poder de un litisconsorte.

Algún sector de la doctrina opina que a estos presupuestos hubiera sido útil agregar la justificación por parte del interesado de que, efectivamente, los documentos se hallan en poder de la parte contraria. Es lo que ocurre con el derecho alemán, en particular el § 424 ZPO habla de la estructura de la petición para esta presentación del documento por la contraparte e indica la necesidad de establecer

*las circunstancias sobre las que se apoya la afirmación de que el documento se halla en posesión del litigante contrario*<sup>181</sup>.

La verdad es que añadir este requisito a la solicitud de exhibición documental entre las partes contribuiría a evitar la posible formulación de peticiones infundadas. Sin embargo, nuestro ordenamiento compensa esta carencia de justificación atribuyendo al litigante requerido la posibilidad de negar que el documento se encuentre en su poder. Del articulado de la LEC, como ya veremos, no se deduce exactamente un procedimiento de oposición a la solicitud de exhibición pero cabe considerar que es una conclusión que puede derivarse con naturalidad del derecho de defensa y del principio de igualdad entre partes.

Al hilo de esto último, de acuerdo con el art. 328 LEC no bastará una solicitud genérica, lo cual también contribuye a evitar peticiones sin fundamento. Es decir, debe tratarse de documentos que, como es obvio, no se hallen en posesión del solicitante porque si éste los tiene en su poder se vuelve innecesaria la petición de

---

<sup>181</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, p. 115. Y § 424 del ZPO: *Der Antrag soll enthalten: die Bezeichnung der Urkunde; die Bezeichnung der Tatsachen, die durch die Urkunde bewiesen werden sollen; die möglichst vollständige Bezeichnung des Inhalts der Urkunde; die Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, dass die Urkunde sich in dem Besitz des Gegners befindet; die Bezeichnung des Grundes, der die Verpflichtung zur Vorlegung der Urkunde ergibt. Der Grund ist glaubhaft zu machen.* Sobre el tratamiento histórico de la exhibición documental en el derecho alemán, vid., KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Traducción y adiciones de derecho español por Prieto-Castro, Madrid, 1932, pp. 230 y ss. STÜRNER, *La Obtención de Información Probatoria en el Proceso Civil (Gathering and Access to Evidence in Civil Procedure)...*, pp. 244 y ss. y 248 y ss. MURRAY (con STÜRNER), *German Civil Justice*, North Carolina, 2004, pp. 294-295. SCHMIDT, *Alternativ-Kommentar ZPO*, Saarbrücken, 1987, § 138 N° 5, § 138 n. 11 y STADLER, *Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren*, Tübingen, 1989, pp. 80 y ss.

exhibición dirigida a la otra parte. Asimismo, a toda solicitud deberá acompañarse copia simple del documento y si no se dispusiere de ella o no existiere, se indicará en términos exactos el contenido de aquél<sup>182</sup>. Y los documentos deben versar sobre a) el objeto del proceso (entendiéndose sobre la causa de pedir de la pretensión o sobre los hechos opuestos por el demandado y, en todo caso, debe tratarse de hechos controvertidos) o b) la eficacia de los medios de prueba<sup>183</sup>.

La pertinencia de la solicitud va unida a la aportación de copia simple del documento o de la reproducción exacta de su contenido. Y no debemos olvidarnos del apartado tercero del art. 328, introducido por la Ley 19/2006, que establece la exigencia de acompañar a la solicitud un principio de prueba que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción (de un derecho de propiedad intelectual o de un derecho de propiedad industrial, cometida a escala comercial). Esto se complementa con lo dispuesto en sede de diligencias preliminares y medidas de aseguramiento de la prueba<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup>RIVELLES ARELLANO, *La Prueba Documental en Estudios sobre la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2003, p. 224.

<sup>183</sup>MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil...*, p. 314. El Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5), de 16 de marzo de 2004, (JUR 2004/127391), fundamento jurídico tercero, establece que los artículos 328 y siguientes, <<imponen la obligación de las partes a exhibir los documentos que se hallen a su disposición, siempre y cuando se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba>>.

<sup>184</sup><<Introducida la modificación del precepto por la ya citada Ley 19/2006, de 5 de junio, mediante la adición de un novedoso párrafo tercero del precepto en cuestión por medio del que, complementando las otras reglas referidas a las diligencias preliminares, a la anticipación de la prueba y a medidas cautelares previas en procesos de propiedad intelectual e industrial, se viene a detallar los documentos afectados por la obligación legal de exhibición establecida ya desde antes y cuando se trate de infracción cometida a escala comercial, destacándose la confidencialidad así como la conveniencia de la aportación de un principio de prueba de la infracción relatada, tales como muestras, mercancías o productos infractores>>, RUEDA LÓPEZ, *Comentario al artículo 328*

A mi juicio, es una previsión del todo adecuada. Con la aportación de esta copia se trata en definitiva de que el tribunal, antes de acceder a la petición de exhibición, se haga una idea del documento en cuestión y a ello contribuye, perfectamente, la copia simple.

Otro aspecto digno de atención es la redacción inicial del art. 328.1, *cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición*. A diferencia de lo que ocurre, como ya veremos, con la exhibición por terceros en la que interviene el tribunal desde un comienzo, en la exhibición entre partes no se solicita del tribunal que recabe el documento de la otra parte sino que se produce una relación directa entre las partes, sin intervención del tribunal. Esta no intervención del tribunal es sólo en un principio porque en el siguiente artículo, el 329 LEC, la situación ya es otra: ante la negativa injustificada de la parte requerida a exhibir, es el tribunal quien, mediante providencia, podrá formular requerimiento coercitivo de aportación de los documentos. Por lo tanto, a primera vista, no hay inconveniente en afirmar que son las propias partes las que requieren la exhibición y cuando se produzca una negativa injustificada a la misma, es también evidente que entonces actuará el tribunal<sup>185</sup>.

Y cuando este art. 328.1 habla de partes se está refiriendo a la contraparte (el adversario procesal) así como a los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque

---

LEC, en SUÁREZ ROBLEDANO (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (Textos legales, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios)*, Madrid, 2007, op. cit., p. 436.

<sup>185</sup>GARBERÍ LLOBREGAT (con BUITRÓN RAMÍREZ), *La Prueba Civil, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios sobre Prueba y Medios de Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 394.

no figuren como partes en el juicio<sup>186</sup>. Incluso puede referirse a un litisconsorte<sup>187</sup>. Merecen singular atención una serie de dificultades que pueden hallarse en los supuestos de pluralidad de partes.

¿Qué ocurre en el supuesto de que un litisconsorte, a petición de otro, se niegue injustificadamente a la exhibición del documento? Según el referido autor, la presunción que se produce con el art. 329.1 LEC <<sólo podrá operar cuando los hechos contenidos en la versión o copia favoreciesen o beneficiasen al adversario o adversarios comunes>><sup>188</sup>. Más aún, cuando se requiera para la exhibición a alguno de los litisconsortes necesarios de la parte adversaria, en el supuesto de negativa injustificada a exhibir, no parece lógico que opere la presunción de tener por auténtico el documento frente a todos los sujetos que se integran en una misma parte. Sería algo totalmente desproporcionado y la solución pasaría por establecer consecuencias negativas sólo para el sujeto reacio a exhibir. En caso contrario, la medida resultaría del todo injusta. Y es que tal y como se establece, cada litisconsorte podrá realizar determinadas conductas procesales de forma autónoma. Personalmente y a la vista de esta última consideración, los efectos negativos de una actitud reticente a la exhibición también deberían ser autónomos, es decir, únicamente para el que ha actuado de manera reprobable.

Para el caso del litisconsorcio voluntario, como a cada uno de los litisconsortes se le atribuye la condición de parte procesal, por

---

<sup>186</sup>GARBERÍ LLOBREGAT (con BUITRÓN RAMÍREZ), *La Prueba Civil, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios sobre Prueba y Medios de Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 394.

<sup>187</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, p. 117.

<sup>188</sup>Ibíd., op. cit., p. 117.

consiguiente, <<de la actividad procesal que desarrolla cada uno de ellos, sólo se derivan consecuencias para el que realizó esa actividad (...). Como consecuencia de esto, la sentencia puede contener distintos pronunciamientos para cada uno de los litisconsortes>><sup>189</sup>, operando la presunción con absoluta normalidad.

Por otro lado, nada dispone el art. 328 LEC sobre la forma que debe revestir la resolución a través de la cual se accede a la exhibición pero por la importancia de lo que se está resolviendo (admisión o inadmisión de pruebas) y tal y como dice la doctrina científica, debe adoptar la forma de auto<sup>190</sup>. Así lo establece también el art. 206.1.2 LEC, *se dictarán autos cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de la prueba*. Es una cuestión que, por su importancia, requiere de motivación y la fórmula correcta, por lo tanto, es la adopción mediante auto<sup>191</sup>.

Y el artículo 328 LEC tampoco señala el momento oportuno para solicitar la exhibición documental pero, en todo caso, parece que la solicitud debería formularse antes del juicio para conseguir que toda la actividad probatoria termine en el mismo<sup>192</sup>. Posteriormente, trataremos de nuevo esta cuestión al referirnos a los aspectos comunes de la exhibición documental entre partes y terceros.

---

<sup>189</sup>GARCÍA-LUBÉN BARTHE (con TOMÉ GARCÍA), *Temario de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2010, op. cit., p. 225.

<sup>190</sup>VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, La Prueba Documental en *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 52.

<sup>191</sup>En el mismo sentido, véase GUZMÁN FLUJA, Comentario a los artículos 328 y 329 LEC..., p. 2415.

<sup>192</sup>PICÓ JUNOY, Comentario al artículo 328 LEC, en LORCA NAVARRETE (dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Valladolid, 2000, p. 1872. Véase, para el supuesto del juicio verbal, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1), de 12 de febrero de 2004, (AC 2004/592), fundamento jurídico segundo.

### **1.3.2 ASPECTOS PROCEDIMENTALES**

El tratamiento del desarrollo procedimental de las peticiones de exhibición documental entre los litigantes no ha recibido la atención merecida por parte de la LEC: se establece la definición de la institución de la exhibición documental entre partes y sus presupuestos de admisibilidad pero nada se dice de la audiencia de la parte que debe exhibir los documentos. Como decíamos, no se regula una eventual oposición porque después de regular la petición de exhibición la norma ya establece los efectos de la negativa a dicha exhibición. A mi entender, se echa de menos una disposición normativa en relación a la audiencia de las partes. Como dijimos más arriba, el sujeto frente al que se formula la solicitud debe tener la oportunidad de argumentar que el documento no se halla en su poder, como manifestación de su derecho de defensa.

Por otra parte, se puede emplear la analogía y aplicar el contenido del art. 330.1, párrafo segundo, que dispone que, en la exhibición por terceros, *el tribunal ordenará, mediante providencia, la comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen los documentos y, tras oírle, resolverá lo procedente.*

Que la exhibición por terceras personas no ofrezca una regulación tan vaga, a nivel de procedimiento, puede ser por influencias de la LECA puesto que en ella nada se decía al respecto de la exhibición entre partes. En cambio, sí que se regulaba, en términos parecidos a los de hoy, el procedimiento de la petición de exhibición por terceros. Hay ciertos aspectos de la exhibición documental entre

partes que deberían haber sido aclarados por el legislador porque con lo que nos encontramos hoy es con la necesidad de efectuar interpretaciones de los artículos 328 y 329 para sacar las conclusiones sobre el cauce de la exhibición documental entre las partes.

#### **1.4 EL TRATAMIENTO PROCESAL ANTE LA FALTA DE CONSERVACIÓN DE LOS DOCUMENTOS**

Otra cuestión de interés que queda fuera del alcance de los artículos 328 y 329 LEC es qué sucede cuando se desobedece el deber jurídico de conservar unos determinados documentos para ser utilizados en el proceso. Nos estamos refiriendo al tratamiento procesal a seguir en estos casos.

Queda gravado con el deber de exhibición el litigante que tenga en su poder el documento. De igual modo, queda gravado con dicho deber quien tiene una obligación jurídica de conservación de los materiales para hacer posible su aportación al proceso. Así las cosas, puede suceder que la parte que tuviera el deber de custodiar un documento no lo cumpla con la suficiente diligencia o, incluso, llegue a destruirlo. Los preceptos 328 y siguientes de la LEC no se ocupan de este asunto y trataremos de ver qué vías hay que seguir para dirimir esta cuestión.

En el ordenamiento alemán, estos supuestos en los que un litigante, dolosamente, destruye o no cumple el deber de conservar un documento y así, como se verá, frustrar la prueba que precisa su

adversario procesal para hacer valer su pretensión, se denominan *Beweisvereitelung* (frustración de la prueba)<sup>193</sup>.

Creo que una posible solución al respecto sería asimilar esta conducta dolosa de no conservación del documento, dolosa porque con ella se pretende obstaculizar a la otra parte que precisa de este medio de prueba para hacer valer sus pretensiones, a una negativa injustificada a aportarlo.

Podemos estar delante de una presunción *iuris tantum*: existe un hecho indiciario que es la negativa injustificada a la aportación provocada por esta falta de conservación del documento. Se presume que el requerido adopta esta conducta de no mantenimiento o destrucción del documento porque la aportación del mismo puede perjudicarle en el proceso. Ahora bien, ello se producirá siempre y cuando el deber de custodiar los documentos esté relacionado con la utilización para fines procesales y no de otra índole.

Estamos hablando de una voluntaria y obstinada negativa a colaborar con la justicia no conservando unos determinados documentos por causas injustificadas, así pues, esta falta de colaboración no puede perjudicar a la parte que requiere del documento para hacer valer su pretensión. Y nuestro ordenamiento, ante esta situación, opta por el establecimiento de unas consecuencias jurídicas desfavorables para la parte que no ha cumplido con el mencionado deber o que dificulte de otra forma el esclarecimiento de los hechos. Consecuencias adversas como, por ejemplo, ante el

---

<sup>193</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ (con SEGURA CROS), Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros en *La Prueba Documental...*, p. 447.

supuesto de negativa injustificada a la exhibición documental, la atribución de valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado (art. 329.1 LEC) o de considerar como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas cuando la parte interrogada se niegue a declarar o lo haga mediante respuestas evasivas o inconcluyentes, siempre que el interrogado hubiese intervenido personalmente en ellos y su fijación como ciertos le resulte enteramente perjudicial en todo o en parte (art. 307 LEC).

No quiero poner fin a estas líneas sin exponer algunas conclusiones de interés extraídas de la jurisprudencia del TC<sup>194</sup>. La conocida STC 7/1994, de 17 de enero, tiene como antecedentes de hecho el supuesto de un hombre que se niega a someterse a una prueba de extracción de sangre a efectos de determinar su posible paternidad demandada por una mujer que actúa como parte actora. El TS consideraba la no obligación del afectado a someterse a unas pruebas de paternidad y establecía que una actitud reacia a colaborar no equivalía a una *ficta confessio*, resultando necesario presentar otras pruebas. Los razonamientos del TC, al hilo de este caso, son los ya mencionados en el capítulo primero de este trabajo.

Como ya se ha advertido, el sujeto que no quiere colaborar frustra con su actitud el levantamiento de la carga de la prueba del otro sujeto. Lo procedente sería invertir esta carga de la prueba,

---

<sup>194</sup>Al respecto y para aportar datos de interés a la cuestión, véase STC 227/1991, de 28 de noviembre de 1991 (RTC 1991/227), fundamento jurídico tercero, STS de 27 de junio de 1997 (RJA 5758), fundamento jurídico segundo o STS de 20 de septiembre de 1997 (RJA 6706), fundamento jurídico segundo.

imponiendo al sujeto reticente a colaborar los efectos negativos que se derivan del no esclarecimiento de los hechos<sup>195</sup>.

**1.5 POSIBLES CONDUCTAS DE LA PARTE A QUIEN SE HAYA  
SOLICITADO LA EXHIBICIÓN DEL DOCUMENTO. EFECTOS DE LA  
NEGATIVA INJUSTIFICADA A LA EXHIBICIÓN**

La parte que recibe la solicitud de exhibición puede adoptar las siguientes posturas: a) puede exhibir el documento; b) negarse justificadamente diciendo que el documento no se halla en su poder o por el carácter secreto del mismo, es decir, deben exponerse razones suficientes, y c) negarse injustificadamente.

Para este último supuesto, el art. 329 LEC contempla dos efectos:

- 1) *En caso de negativa injustificada a la exhibición, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado.*
- 2) *En el caso de negativa injustificada a que se refiere el apartado anterior, el tribunal, en lugar de lo que en dicho apartado se dispone, podrá formular requerimiento, mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las*

---

<sup>195</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo...*, pp. 57-58.

*restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas.*

Una de las posibles posturas del sujeto frente a quien se formula el requerimiento puede consistir en la negativa justificada argumentando que el documento no se halla en su poder o aludiendo al carácter secreto del mismo. Pero podrían darse otras razones de peso para considerar que se trata de una negativa justificada a exhibir. Con esto quiero referirme, por ejemplo, a la expiración de los deberes de conservación de los documentos contables, la cual puede motivar una negativa justificada a la exhibición. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto admitiendo que estaría justificada esta negativa a exhibir. Si no existe la obligación de conservación o si por el tiempo transcurrido ya ha decaído esta obligación, no procederá la solicitud de exhibición<sup>196</sup>. Y es que, normalmente los deberes de conservación de documentos no son, por así decirlo, perpetuos sino que esta obligación suele constreñirse a un período determinado de tiempo<sup>197</sup>.

Pero hay otra jurisprudencia que se pronuncia en sentido contrario, afirmando que una vez transcurrido el plazo de conservación no se obliga a la destrucción de los documentos, <<el Código de Comercio sólo preceptúa que están obligados los empresarios a conservarlos durante un cierto tiempo>><sup>198</sup>. En este

---

<sup>196</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1), de 16 de diciembre de 2004, (JUR 2005/14329), fundamento jurídico cuarto.

<sup>197</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8), de 22 de septiembre de 2005, (JUR 2005/262750), fundamento jurídico segundo.

<sup>198</sup>STS de 14 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10147), fundamento jurídico segundo.

sentido, se podrían seguir conservando documentos a efectos de cierto control tributario puesto que el art. 70.2 de la Ley General Tributaria dispone que *a efectos del cumplimiento de las obligaciones tributarias de otras personas o entidades, las obligaciones de conservación y suministro de información previstas en los párrafos d, e y f del apartado 2 del artículo 29 de esta Ley deberán cumplirse en el plazo previsto en la normativa mercantil o en el plazo de exigencia de sus propias obligaciones formales al que se refiere el apartado anterior, si éste último fuese superior*<sup>199</sup>.

Además, se puede considerar la necesidad de justificar las bases u otras partidas pendientes de compensar procedentes de ejercicios prescritos (viéndose modificado el plazo mínimo de conservación que dispone el Código de Comercio). Fuera de casos específicos, este mismo texto normativo, a mi juicio, tampoco obliga a los empresarios a conservar los documentos más tiempo del que se estipula normativamente. Así que puede tratarse de una negativa perfectamente justificada a la exhibición con base en esta circunstancia (terminación del deber de conservación). De la exhibición de la contabilidad de los empresarios hablaremos en próximos epígrafes.

También cabe afirmar que si la parte de la que se requiere la exhibición del documento, queriendo exhibirlo, no estuviese dispuesta

---

<sup>199</sup>Art. 29.2, apartado d): *Además de las restantes que puedan legalmente establecerse, los obligados tributarios deberán cumplir las siguientes obligaciones: la obligación de llevar y conservar libros de contabilidad y registros, así como los programas, ficheros y archivos informáticos que les sirvan de soporte y los sistemas de codificación utilizados que permitan la interpretación de los datos cuando la obligación se cumpla con utilización de sistemas informáticos. Se deberá facilitar la conversión de dichos datos a formato legible cuando la lectura o interpretación de los mismos no fuera posible por estar encriptados o codificados.*

a desprenderse del mismo para su incorporación al proceso, se extenderá testimonio de aquél por el Secretario judicial en la sede del órgano jurisdiccional, si así lo ha solicitado aquélla (art. 331 LEC)<sup>200</sup>. Con esta disposición se palian posibles riesgos relacionados con la confidencialidad de los documentos o la intimidad del exhibiente.

De ahí que, tal y como señala PRIETO-CASTRO, se distinga, asimismo, entre presentación y exhibición, entendiéndose por presentación que <<el documento pasa en cuerpo a los autos y por exhibición se trata sólo de comprobar el estado del documento y de obtener un testimonio, lo único que se incorpora al expediente>><sup>201</sup>.

Las diferencias, en este sentido, entre la vigente LEC y la anterior son las recogidas por la STS de 3 de junio de 2008 (RJ 2008/4171), en su fundamento jurídico séptimo: <<bajo el régimen de la LEC 1881, (...), la parte, salvo en los casos establecidos por la Ley (como ocurre en la prueba de exhibición de libros de los comerciantes, en las diligencias preliminares), no tiene el deber -como subraya la doctrina procesal-, de presentar los documentos privados que tenga a su disposición y le sean solicitados por la contraparte como medio de prueba, sino sólo la carga. Distinta es la regulación de la LEC, la cual, inspirándose en el reconocimiento del derecho a la exhibición de documentos por la contraparte (...), establece que en los casos de negativa injustificada a la presentación de documentos que se haya solicitado de la contraparte>>, el tribunal podrá requerir

---

<sup>200</sup>MARTÍN PASTOR (con ORTELLS RAMOS, MASCARELL NAVARRO, CÁMARA RUIZ, JUAN SÁNCHEZ, BONET NAVARRO, BELLIDO PENADÉS, y CUCARELLA GALIANA), *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 2010, p. 403.

<sup>201</sup>PRIETO-CASTRO, Exhibición de Documentos en Juicio en *Estudios y Comentarios para la Práctica Procesal Civil...*, op. cit., p. 166, nota a pie de página 10.

los documentos o atribuir valor probatorio a la copia o versión del documento en los términos del art. 329.1 LEC.

A continuación, se procederá al examen de los efectos del art. 329 LEC.

#### **1.5.1 ATRIBUCIÓN DE VALOR PROBATORIO A LA COPIA SIMPLE O A LA VERSIÓN DEL CONTENIDO DEL DOCUMENTO**

Ante la negativa a presentar el documento, la parte padecerá las consecuencias siguientes: el juez, tomando en consideración las restantes pruebas<sup>202</sup>, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado. Hay que matizar que no se trata de tener por ciertos los hechos aducidos por el solicitante, sino de tener por auténtico el documento<sup>203</sup>.

Asimismo, esta atribución de valor probatorio no se hace de manera automática sino con la consideración previa de las restantes pruebas.

Con el art. 261.4 LEC, en sede de diligencias preliminares, *ante la falta de exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante*, se produce una presunción *iuris tantum*. Lo mismo sucede con el art.

---

<sup>202</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4), de 5 de mayo de 2008, (AC 2008/1113), fundamento jurídico tercero.

<sup>203</sup>MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil...*, p. 318.

329.1 LEC: existe un hecho indiciario que es la negativa injustificada a la exhibición y un hecho presunto que es la autenticidad de un documento con su contenido descrito en la copia o versión dada por el solicitante. Y el nexo de conexión entre uno y otro es que un sujeto adopta esta actitud reacia a la exhibición porque la misma puede perjudicar su situación en el proceso, lo cual permite suponer que la copia o versión presentadas por el solicitante de la exhibición versan sobre un documento existente y real en manos de este sujeto reacio a exhibir<sup>204</sup>.

Antes de entrar en el análisis del segundo efecto anudado a la negativa injustificada a la exhibición, es preciso afirmar que el deber de exhibición documental entre partes inicialmente se configura como una carga, cuyo levantamiento evitará a la parte solicitada las consecuencias de esta presunción del art. 329.1 LEC. En el caso que veremos ahora del art. 329.2, la exhibición se tornará un deber.

### **1.5.2 EL REQUERIMIENTO POR PROVIDENCIA AL DESTINATARIO DE LA SOLICITUD PARA QUE EXHIBA LOS DOCUMENTOS**

El tribunal, ante la negativa a la exhibición puede optar por formular requerimiento, mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones

---

<sup>204</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, p. 125.

formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas<sup>205</sup>.

Ahora bien, lo que debemos preguntarnos aquí es cuáles serán las posibles consecuencias para el supuesto de resistencia a la exhibición tras la formulación de este requerimiento de aportación de los documentos al proceso por parte del tribunal.

Para algunos autores, como MONTERO AROCA u ORMAZABAL SÁNCHEZ, un posible efecto sería permitir acordar la entrada y registro como en el caso de la negativa a llevar a cabo las diligencias de exhibición de títulos y documentos de los arts. 261.2 y 261.5 LEC<sup>206</sup>.

A mi juicio, no me parece desproporcionada esta posible consecuencia ante la resistencia a la exhibición. Eso sí, debería cumplirse la exigencia de que existieran indicios suficientes de que los documentos pueden hallarse en un sitio determinado así como los restantes presupuestos que vimos para considerar adecuada la medida consistente en la entrada y registro (previsión normativa, jurisdiccionalidad y proporcionalidad *stricto sensu*). Igualmente, me parece correcta la adopción de esta medida ante este supuesto porque así se prevé la posibilidad de llevarse a cabo la exhibición y no resignarse a no poder efectuarla.

---

<sup>205</sup>Véase, Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, (Sección 5), de 22 de enero de 2007, (JUR 2007/266012), fundamento jurídico tercero.

<sup>206</sup>MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil...*, p. 319. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, p. 126.

DE LA OLIVA SANTOS, por su parte, alude a la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial<sup>207</sup>. Convengo plenamente con el establecimiento por parte de la doctrina científica de estos efectos jurídico-penales que permiten una alternativa al requerimiento inatendido.

En ocasiones, la adopción de medidas como las que acabamos de ver, se puede considerar arriesgada por suponer la vulneración de algún derecho fundamental<sup>208</sup>. Por ejemplo, en lugar de estas medidas, podría haberse recurrido a la imposición de multas a quien se negara injustificadamente a la exhibición. Pero se trataba de una sanción que dejaba satisfecho <<el amor propio de la autoridad estatal, pero no al litigante que ha solicitado la exhibición (...)>><sup>209</sup>. Y, en efecto, retomando lo que se preveía en la LECA ante la negativa a llevar a cabo las diligencias exhibitorias, esto es, la responsabilidad de los daños y perjuicios que se originaban al actor, se vislumbra la resignación de no realizar la exhibición y la frustración de la pretensión del solicitante.

Hay que tener presente la posible imposición de multas<sup>210</sup> pero, a mi entender, si en materia de diligencias preliminares se puede optar por la adopción de medidas más efectivas, siempre y cuando se cumplan determinados presupuestos, no hay razones que nos lleven a pensar que en sede de exhibición documental no podamos hablar de estas mismas medidas.

---

<sup>207</sup>DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho Procesal Civil...*, p. 387.

<sup>208</sup>GÓMEZ COLOMER, *El Nuevo Proceso Civil*, Valencia, 2000, p. 307.

<sup>209</sup>PRIETO-CASTRO, Exhibición de Documentos en Juicio en *Estudios y Comentarios para la Práctica Procesal Civil...*, op. cit., p. 187.

<sup>210</sup>GUZMÁN FLUJA, Comentario a los artículos 328 y 329 LEC..., p. 2416.

Y, además, si se podía adoptar la entrada y registro antes de iniciar el proceso, resultaría paradójico no poderla adoptar una vez dentro del mismo, con todas las garantías que ello supone<sup>211</sup>.

Se puede plantear el conflicto en torno a la adopción de esta medida pero si se cumplen todos y cada uno de los requisitos estipulados no vemos el porqué de su no adopción para lograr la práctica de la exhibición y que no se vea frustrada de otro modo. Y hablando de frustración de la exhibición y como ya lo sugerimos cuando se habló de las diligencias preliminares, sería bueno pensar en la posibilidad de hacer el registro de libros y papeles sin citación previa de la parte a quien pertenezcan. Es lo que establecía el art. 571 LECA y con ello se podrían evitar casos de ocultación o destrucción de documentos motivados por poner sobre aviso al destinatario de la medida. Al respecto de esta orden de entrada y registro se efectuarán algunas precisiones con algo más de detenimiento en el epígrafe dedicado a los aspectos comunes de las modalidades de exhibición.

Personalmente, no me hubiese parecido descabellado que se hubiese dispuesto que ante la reticente postura de acceder al requerimiento de exhibición, lo cual supone un riesgo para el derecho del solicitante, se aplique lo dispuesto en el art. 329.1, es decir, se atribuya valor probatorio a la copia simple o versión dada por el solicitante, tomando en consideración las restantes pruebas<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup>SACRISTÁN REPRESA, Comentario al artículo 329 LEC en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÀ-SOLER, VALLS GOMBAU (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Barcelona, 2000, pp. 1550-1551.

<sup>212</sup>Véase en un sentido parecido, GASCÓN INCHAUSTI, Las Pruebas de tipo Documental en el Proceso Civil español (Documentos, Pericias, Medios de Reproducción de la Imagen y el Sonido, Medios para el Archivo de Datos), publicado en la página Web del *Consiglio Superiore Della Magistratura*, 2005, p. 13. O, ASECIO MELLADO, La Prueba en *Proceso Civil Práctico...*, p. 632.

El tribunal puede adoptar dos posturas: atribución de valor probatorio a la copia simple o versión presentada por el solicitante de la exhibición o formular requerimiento. Respecto del segundo efecto, la resistencia a exhibir podría suponer que el sujeto frente a quien se formula este requerimiento incurriese en un delito por desobediencia. Si bien, <<la falta de previsión legal expresa impide considerar la negativa a atender el requerimiento de aportación como motivo suficiente para proceder contra la parte por el delito de desobediencia. Quizás esta circunstancia (...), lleve a la generalización en la práctica de la opción prevista en el apartado primero del artículo 329, por lo menos siempre que sea posible, por existir otras pruebas>><sup>213</sup>. Entonces ya no estaríamos hablando de la doble alternativa del art. 329 LEC.

Más allá de esta última interpretación, también se podría hablar de otra tesis: si se considera que el art. 329 LEC establece una doble alternativa, para saber cuándo procede cada una de ellas lo más viable es el análisis caso por caso. Y ello porque, por ejemplo, el art. 329.2 condiciona el requerimiento de exhibición a una serie de criterios de poca precisión conceptual: a) las características de los documentos; b) las restantes pruebas aportadas; c) el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante, y d) lo alegado para fundamentarlas.

Dentro de las características de los documentos podríamos situar a las peculiaridades de los asientos contables u otros documentos que contengan múltiples datos numéricos y, por lo tanto,

---

<sup>213</sup>CORDÓN MORENO, Comentario al artículo 329 LEC en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1456.

se hace necesaria la exhibición del original para cotejarlo con la copia. Pero, en términos generales, las referidas pautas no ayudan a determinar el particular supuesto en el que procederá este requerimiento. Ante cada caso concreto, lo más acertado, es decidir si aplicar el art. 329.1 o 329.2 LEC.

Parece resultar obvio, por otra parte, que procederá la presunción *iuris tantum* del primer apartado del art. 329 LEC cuando el solicitante disponga de una copia o versión casi indubitable o que no contenga multitud de datos, sobre todo, numéricos que puedan llevar a confusión sobre su exactitud. Pero seguimos apuntando por la admisibilidad del análisis caso por caso.

## **2. LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS POR TERCEROS**

### **2.1 CUESTIONES PRELIMINARES**

Como se ha visto la LEC da un tratamiento diverso a la exhibición documental según se dirija a las partes de un litigio o a un tercero<sup>214</sup>.

Esta aportación de documentos por los terceros, encuentra su razón de ser en el art. 118 CE que dispone la prestación de colaboración con los tribunales<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup>DÍAZ FUENTES, *La Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 189.

<sup>215</sup>Art. 118 CE: *Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.*

Nuestra atención en este capítulo se centra en la exhibición documental propiamente dicha y tras analizar los artículos 328 y 329 LEC, los cuales constituyen una significativa novedad respecto de la LECA, en las líneas que siguen, nuestro interés se centrará en el artículo 330 LEC y en el tratamiento de la exhibición por sujetos ajenos al proceso, es decir, con la condición de *terceros*.

Esta concreta exhibición de documentos no nos resulta desconocida puesto que en la regulación de la LECA, en el art. 603, ya se contemplaba, prácticamente con una redacción idéntica a la actual, el requerimiento a los que no litigaban de exhibición de los documentos de su propiedad.

Se tratará de dilucidar los aspectos controvertidos de este art. 330 (único precepto que se ocupa de esta materia) así como la regulación general del deber exhibitorio de los terceros o los contrastes entre los artículos 328, 329 y 330 LEC.

Después de ocuparnos de la obtención de documentos en momento preprocesal, a través de las diligencias preliminares o las medidas de aseguramiento de la prueba, y del estudio del deber de exhibición documental entre partes, el deber de terceros ofrece diferentes connotaciones, según se trate de persona pública o privada<sup>216</sup>, dignas de nuestra consideración.

---

<sup>216</sup>MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil...*, p. 319.

## 2.2 PRESUPUESTOS Y ALCANCE DE LA EXHIBICIÓN POR TERCEROS

El artículo 330 LEC impone los siguientes requisitos (subjetivos y objetivos):

- 1) *Salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares, sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando, pedida por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.*

*En tales casos el tribunal ordenará, mediante providencia, la comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen y, tras oírle, resolverá lo procedente. Dicha resolución no será susceptible de recurso alguno, pero la parte a quien interese podrá reproducir su petición en la segunda instancia.*

*Cuando estuvieren dispuestos a exhibirlos voluntariamente, no se les obligará a que los presenten en la Oficina judicial, sino que, si así lo exigieren, irá el Secretario judicial a su domicilio para testimoniarlos.*

- 2) *A los efectos del apartado anterior, no se considerarán terceros los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio.*

Por su lado, el art. 603 LECA sigue idénticos parámetros pero con algunas salvedades como la no inclusión del término *exclusiva* unido a propiedad en el art. 330, pensando en la hipótesis de que existieran varias personas y ninguna de ellas haya confeccionado el

documento para su uso y disfrute exclusivo<sup>217</sup>. O la modificación del apartado uno párrafo tercero del mismo precepto por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial y que consiste en que cuando estuvieren los terceros dispuestos a exhibir los documentos voluntariamente, no se les obligará a que los presenten en la Oficina judicial. La LEC anterior se refería a la Secretaría.

Más allá de esta última reforma de muy limitada trascendencia, el art. 330 LEC empieza con la siguiente advertencia, *salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares*. Ello significa que las partes, a través del cauce de las diligencias preliminares, podrán pedir la exhibición de un documento que se halle en poder de un tercero. Y un aspecto a destacar es que en sede de diligencias previas al proceso no habrá que justificar que se trate de documentos trascendentes a los fines de dictar sentencia porque es que ni siquiera habrá empezado el proceso y no se habrá perfilado la condición de los diferentes sujetos. Al hilo de esto y para algunos autores, este comienzo del actual art. 330 genera alguna confusión ya que cuando hablamos de las diligencias preliminares, todavía no ha empezado el proceso, por lo que <<el heredero, coheredero, legatario, socio o comunero a quien se puede pedir la exhibición documental pueden tener la consideración de terceros. Ahora bien, por esa misma razón, no es correcto hablar de terceros, puesto que no existe siquiera demandante>><sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, p. 136.

<sup>218</sup>SACRISTÁN REPRESA, Comentario al artículo 330 LEC en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, pp. 1553-1554.

Con las diligencias preliminares, se recaba información de los extremos que quien pretende demandar precisa conocer para la iniciación de un proceso, mediante la interposición de la correspondiente demanda que se dirigirá contra algunas de las personas de las que hablábamos y que adquirirán la condición de partes. Así pues, en un principio y con este tipo de diligencias, es arriesgado referirse a documentos trascendentes a los fines de dictar sentencia.

Otra novedad es la definición excluyente que hace el artículo 330.2 acerca de los *terceros no litigantes*: no se considerarán terceros *los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio*<sup>219</sup>. Este aspecto novedoso de la actual LEC sirve para precisar el ámbito subjetivo del deber exhibitorio de terceros, al cual volveremos en el siguiente epígrafe.

Indagando más en la cuestión podemos encontrar algunas dificultades a las cuales prestar atención. Retomando el art. 330.2, el titular de la relación jurídica controvertida si tiene en su poder el documento, al no ser tercero (así queda establecido por la Ley) se verá sometido al régimen de los arts. 328 y 329 LEC, es decir, al deber de exhibición documental entre las partes.

Los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella tienen un interés en el resultado final del pleito,

---

<sup>219</sup><<La Ley no hace más que incorporar aquí un argumento compartido por la doctrina y del que existen ya algunos antecedentes jurisprudenciales (...)>>, MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de Prueba Judicial Civil...*, op. cit., p. 303.

cosa que no sucede con el tercero, de ahí la esencia de este artículo 330.2 LEC.

Como se ha puesto de manifiesto, al titular de esta relación le serán de aplicación los arts. 328 y 329 LEC. Ahora bien, hay que determinar si se tratará de los mismos efectos que se recogen en estos mencionados artículos para la exhibición entre partes o, por el contrario, hablaremos de unos efectos distintos para este titular de la relación jurídica controvertida. A simple vista, podemos afirmar que se desplegarán efectos distintos puesto que no parece que exista una simbiosis total entre parte y titular de la relación porque pueden perseguir intereses contradictorios o presentar opiniones diferentes<sup>220</sup>.

Veamos al respecto una serie de supuestos de especial trascendencia:

Casos de litisconsorcio pasivo necesario (cuando así lo exija la titularidad múltiple de la relación jurídica o de la que sea causa de ella). El art. 330.2 LEC no ha sido ideado para actuar ante este caso puesto que <<en tales supuestos, los terceros, o bien no serán tales, sino parte en el proceso, o bien deberán ser llamados al mismo tan pronto como el Juzgador, solicitada la exhibición documental, aprecie de oficio la irregular constitución de la relación procesal>><sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup>ASENCIO MELLADO, *La Prueba en Proceso Civil Práctico...*, p. 634.

<sup>221</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, op. cit., p. 138.

Casos de litisconsorcio cuasi necesario o de intervención adhesiva simple e intervención provocada. A raíz de tales casos surgen algunas dudas relevantes. En primer lugar, los efectos de la presunción establecida en el art. 329.1 LEC. Como ya dijimos antes, cuando se requiera para la exhibición a alguno de los litisconsortes necesarios de la parte adversaria, en el supuesto de negativa injustificada a exhibir, no parece lógico que opere la presunción de tener por auténtico el documento frente a todos los sujetos que se integran en una misma parte. Sería algo totalmente desproporcionado y la solución pasaría por establecer consecuencias negativas sólo para el sujeto reacio a exhibir. En caso contrario, la medida resultaría del todo injusta. Y es que tal y como se establece, cada litisconsorte podrá realizar determinadas conductas procesales de forma autónoma. Personalmente y a la vista de esta última consideración, los efectos negativos de una actitud reticente a la exhibición también deberían ser autónomos, es decir, únicamente para él que ha actuado de manera reprochable.

De esta interpretación del art. 330.2 podemos deducir las siguientes conclusiones: los efectos que despliegan los arts. 328 y 329 LEC serán distintos para la parte y el titular de la relación jurídica. Y la presunción del mencionado art. 329 sólo actuará cuando se trate de un supuesto en el que haya una relación de intereses con el litigante a quien el documento haya de perjudicar y exista una confabulación en la negativa a exhibir<sup>222</sup>.

---

<sup>222</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, p. 140.

### **2.2.1 ALCANCE SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL ARTÍCULO 330 LEC**

*Sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad.* Al primer interrogante al que hay que hacer frente es qué terceros quedan obligados por el deber de exhibición. De una interpretación estricta del artículo 330 la respuesta a esta cuestión planteada es sencilla, quedarían obligados los terceros propietarios del documento. Pero, de nuevo, como ocurría con la exhibición documental entre partes, parece que el legislador ha vuelto a pecar por defecto, al no delimitar más la disposición normativa para evitar ciertas lagunas como la apuntada o, por ejemplo, la falta de causas de oposición o sanciones para lograr una mayor efectividad de la norma<sup>223</sup>. El legislador debería haberse fijado en el derecho comparado porque en ordenamientos como el italiano o el alemán aparecen normas, en este sentido, más depuradas<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup>Véase, en este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, La Prueba Documental en *Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil...*, p. 254.

<sup>224</sup>§ 429 ZPO o arts. 210 a 213 del *Codice di Procedura Civile* (CPC). Para trazar una visión histórica del CPC y del ZPO, véase CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Traducción de José Casais y Santaló y Notas de Alfredo Salvador Bosque, Madrid, 1977, pp. 154-155. O, CHIARLONI, Civil Justice: An Italian Perspective en *Civil Justice in Crisis*, Great Britain, 1999, p. 265. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Volumen IV (procedimiento de conocimiento), Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo, Adiciones de Derecho Español por Niceto Alcalá-Zamora, Argentina, 1944, pp. 132 y ss. Véase también *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, traductores PÉREZ RAGONE y ORTIZ PRADILLO con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo e incluye artículos de PRÜTTING y DE FALCO, Uruguay, 2006, p. 35. O, GOTTWALD, Civil Justice Reform: Access, Cost, and Expedition. The German Perspective en *Civil Justice in Crisis...*, p. 207. OBERHAMMER (con DOMEJ), Germany, Switzerland, Austria (CA. 1800-2005) en *European Traditions in Civil Procedure*, Oxford, 2005, p. 103. Véase, en igual sentido, WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied/Darmstadt: Luchterhand, 1978, 27 ff., 49 ff., y Van RHEE, Introduction en *European Traditions in Civil Procedure...*, pp. 11 y ss.

De la exégesis de este art. 330, a mi juicio, podemos sacar la conclusión de que quedarán obligados por el deber de exhibición de documentos los terceros, sean o no propietarios, siempre y cuando no se trate del titular de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio (art. 330.2 LEC)<sup>225</sup>.

Resulta una obviedad que el documento será propiedad de alguien pero puede suceder que el tercero propietario no tenga el documento en sus manos sino que lo tenga otro tercero. Siguiendo con el tenor literal del art. 330, a mi entender, no incurrimos en error al decir que se requerirá para exhibir al tercero propietario y que si éste no tiene el documento y siempre que identifique al tercero que lo tenga, este último podrá ser requerido por el tribunal a los efectos de exhibición del documento.

Creo que el legislador quiere, con esta redacción del art. 330.1 párrafo primero, que el matiz *de su propiedad* opere como una justificación para proceder al requerimiento de exhibición. De lo que se tratará, en definitiva, es de oír al tercero propietario. Más aún, el párrafo segundo de este mismo artículo advierte que el tribunal, en tales casos, ordenará, mediante providencia, la comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen los documentos. Por consiguiente, si hay otro tercero que aun no siendo el propietario del

---

<sup>225</sup><<Se considera “terceros no litigantes” aquellas personas que no sean titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio (330.2 LEC). La cualidad de tercero viene definida por la ajenidad en la relación jurídica controvertida, entendida como no ser parte de la misma, ni haber de alguna manera provocado dicha relación, es decir, ser causa de ella>>, SEGURA CROS (con ORMAZABAL SÁNCHEZ), Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros en *La Prueba Documental...*, op. cit., p. 465.

documento, sino el tenedor, éste puede ser, igualmente, requerido para la exhibición en virtud del apartado segundo del art. 330.1 LEC, siempre y cuando se haya citado previamente al tercero propietario.

A diferencia de lo que sucedía inicialmente con el deber de exhibición documental entre partes que se producía una relación directa entre las mismas, en la exhibición por terceros interviene el tribunal desde un comienzo puesto que la exhibición sólo procederá si éste entiende que el conocimiento del documento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia<sup>226</sup>.

Precisamente, otro de los aspectos controvertidos de este artículo 330 es su alcance objetivo que nos lleva a la reflexión de lo qué se entiende por *documentos, el conocimiento de los cuales resulte trascendente a los fines de dictar sentencia*. Así las cosas, al segundo interrogante al que se debe hacer frente es determinar el ámbito objetivo de este art. 330 LEC.

Cuando se hablaba del deber de exhibición documental entre partes, el art. 328 LEC imponía la obligación de que los documentos se refiriesen: 1) al objeto del proceso o 2) a la eficacia de los medios de prueba. Por su parte, el deber exhibitorio de terceros trata de documentos cuyo conocimiento resulte trascendente a los fines de dictar sentencia<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup>DE LA OLIVA SANTOS, Comentario al artículo 330 LEC en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 576. GARBERÍ LLOBREGAT (con BUITRÓN RAMÍREZ), *La Prueba Civil, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios sobre Prueba y Medios de Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, pp. 395-396.

<sup>227</sup>DE LA OLIVA SANTOS dice que no estamos ante una nueva categoría de documento, el *documento trascendente*, lo que dispone el art. 330 no significa cosa distinta <<de prueba documental pertinente y útil>>, (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.),

Nuevamente, la intención del legislador es que el carácter trascendente del documento actúe como una justificación antes de dirigirse a un tercero a los efectos de exhibición. Pero, a mi entender, el art. 330, en este sentido, no dista mucho del art. 328 LEC.

No tendría sentido alguno solicitar la exhibición de documentos que carecieran de total interés para el resultado del pleito. Era necesario que el precepto impusiera algún límite en relación al tipo de documentos de los que puede requerirse la exhibición. Y cuando manifiesto que el art. 330 no difiere mucho del art. 328, en este sentido concreto, me refiero a que este último precepto también condiciona o impone límites a la solicitud de exhibición al disponer que deben ser documentos referentes al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba.

Sin embargo, hay que dar respuesta a qué criterios podrían utilizarse para establecer que un documento es o no trascendente. La pregunta sería qué puede amalgamar la expresión *documento trascendente*. Algunos de estos presupuestos que el tribunal podría aplicar para determinar la naturaleza trascendente del documento y así poder requerir la exhibición de un tercero serían los que siguen:

a) Documentos que incidieran sustancialmente en el fallo del tribunal, provocando con su aportación un giro considerable en el resultado del pleito.

---

*Derecho Procesal Civil...*, op. cit., pp. 387-388. En igual sentido, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, La Prueba Documental en *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 53.

b) Aunque no gocen de esta incidencia sustancial en el resultado del litigio, puede tratarse de documentos con importancia relevante y no accesoria para fundar la sentencia<sup>228</sup>.

c) Documentos que, por su contenido, contribuyan al convencimiento del juez de que tiene que dirigirse al tercero.

d) Documentos que se refieran a las pretensiones del actor o demandado. No puede tratarse de un documento que no tenga nada que ver con lo alegado por estos sujetos.

e) Documentos que constituyan prueba pertinente y útil.

Lo que resulta fuera de toda duda es que para requerir a un tercero no podemos hablar de documentos sin ninguna relevancia, sino todo lo contrario, deben existir razones imperiosas para hacerlo puesto que estamos hablando de sujetos ajenos al proceso (y a su terminación) y no de los propios litigantes, los cuales sí tienen un interés en el curso de las actuaciones. Y para la determinación de esa trascendencia el tribunal, en virtud del art. 330.1.II, ordenará, mediante providencia, la comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen los documentos<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup>STS de 8 de julio de 1988 (RJ 1988, 5587), fundamento jurídico primero. SACRISTÁN REPRESA, Comentario al artículo 330 LEC en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 1553.

<sup>229</sup>GÓMEZ COLOMER (con MONTERO AROCA, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR), *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil...*, p. 299.

### 2.3 PROCEDIMIENTO

El procedimiento a seguir para la exhibición de documentos por un tercero, si bien viene a colmar algunas lagunas existentes en los artículos 328 y 329 LEC (con la audiencia al tercero), se aleja bastante de ser satisfactorio<sup>230</sup>.

Así pues, nuevamente, será necesario arrojar luz sobre determinados aspectos tales como: contenido de la solicitud, las causas de oposición o las sanciones aplicables para lograr una mayor efectividad de la norma. Esta falta de precisión parece ser una reminiscencia de la LECA, ya que se ha mantenido su redacción en términos casi idénticos.

Respecto a la solicitud, ésta será presentada por una de las partes pero no se especifica nada del contenido de la misma. A mi juicio, el tribunal tiene la necesidad de hacerse una idea del documento en cuestión para acceder a la petición de exhibición, por lo que se hace indispensable una descripción del contenido del mismo.

El momento procesal hábil para formularla sería antes del juicio, igual que en la exhibición documental entre partes<sup>231</sup>.

Lo que ya no se echa de menos con este art. 330 es la audiencia al tercero. El art. 330.1, párrafo segundo, opta claramente por la *comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen los documentos y tras oírle, el tribunal resolverá lo procedente. Dicha resolución no será*

---

<sup>230</sup>MORENO CATENA, Comentario al artículo 603..., pp. 541 y ss.

<sup>231</sup>ABEL LLUCH, La Prueba Documental, en *La Prueba Documental...*, p. 126.

*susceptible de recurso alguno, pero la parte a quien interese podrá reproducir su petición en la segunda instancia.* Mediante esta comparecencia, el tercero, como ocurría con el litigante requerido, tiene la oportunidad de negar que el documento se encuentre en su poder. Este párrafo segundo tampoco dice nada más al respecto pero parece razonable concluir que ya que se le brinda la posibilidad de comparecer es para que pueda alegar lo que crea oportuno. Y también es de suponer que este tercero puede negarse a la exhibición aportando motivos justificados o injustificados, siendo el tribunal el que decidirá. Las eventuales causas de oposición serían: <<secreto profesional o lesión del derecho a la intimidad>><sup>232</sup>. Para constatar que en otros ordenamientos, como el alemán o el italiano, no hay diferencias sustanciales en torno a esta misma cuestión, cabe destacar que cuando la exhibición es ordenada a un tercero, el juez instructor italiano debe tratar de conciliar de la mejor manera posible el interés de la justicia con el necesario respeto al derecho del tercero y antes de ordenar la exhibición, podrá disponer que el tercero sea citado a juicio. Éste puede oponerse a la orden de exhibición.

Ante la negativa a comparecer, durante la vigencia de la LECA, se veía con agrado la remisión al art. 643.II que disponía el uso de la fuerza pública ante la resistencia a comparecer de

---

<sup>232</sup>MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil...*, p. 321. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, número 54/2004 (Sección 9), de 1 de marzo (AC 2004/1225) fundamento jurídico tercero, Sentencia de la Audiencia Provincial de Maó, número 413/2000 (Sección 3), de 12 de junio (AC 2000/2473), Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, número 147/2001 (Sección 1), de 12 de noviembre (ARP 2001/881) fundamento jurídico cuarto, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 332/2002, de 22 de marzo (JT 2002/1500), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 371/1995, de 19 de junio (JT 1995/893) o Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, número 330/2001 (Sección 5), de 22 de noviembre (JUR 2002/32429).

testigos<sup>233</sup>. En la actualidad, el art. 292 contempla otras sanciones, como multas, para los testigos y peritos que no comparezcan<sup>234</sup>, lo cual podría resultar de aplicación en la exhibición de documentos por un tercero porque cuando hablamos de testigos y peritos también hacemos referencia a sujetos con la condición de terceros. Me parece correcto afirmar que esta no comparecencia del tercero, además de la imposición de una multa, no le disculpará del requerimiento de exhibición porque, a mi juicio, puede asimilarse la falta de comparecencia a una causa de oposición injustificada, siempre y cuando no existan razones de fuerza mayor que le obliguen a no comparecer ya que, en este último caso, podría ser nuevamente llamado a comparecer cuando se hayan superado las razones que lo impedían.

Llegados aquí, el juez, a la vista de las alegaciones formuladas, decidirá si procede o no al requerimiento de exhibición. En el supuesto de proceder al requerimiento, debemos volvernos a preguntar las posibles consecuencias de desatender el mismo.

Y de nuevo se puede proceder por analogía y aplicar lo establecido en sede de diligencias preliminares, esto es, la *entrada* y

---

<sup>233</sup>MORENO CATENA, Comentario al artículo 603..., p. 541.

<sup>234</sup>Art. 292 LEC: *Los testigos y los peritos citados tendrán el deber de comparecer en el juicio o vista que finalmente se hubiese señalado. La infracción de este deber se sancionará por el Tribunal, previa audiencia por cinco días, con multa de ciento ochenta a seiscientos euros. Al tiempo de imponer la multa a que se refiere el apartado anterior, el Tribunal requerirá, mediante providencia, al multado para que comparezca cuando se le cite de nuevo por el Secretario judicial, bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad. Cuando, sin mediar previa excusa, un testigo o perito no compareciere al juicio o vista, el tribunal, oyendo a las partes que hubiesen comparecido, decidirá, mediante providencia, si la audiencia ha de suspenderse o debe continuar. Cuando, también sin mediar previa excusa, no compareciere un litigante que hubiese sido citado para responder a interrogatorio, se estará a lo dispuesto en el artículo 304 y se impondrá a aquel la multa prevista en el apartado 1 de este artículo.*

*registro*, además de incurrir en un delito por desobediencia a la autoridad. Deberán cumplirse todos los presupuestos (que ya vimos, detalladamente, al hablar de las diligencias y al tratar la exhibición documental entre partes) para que la medida de entrada y registro pueda considerarse adecuada. Surge, otra vez, la polémica sobre que con esta medida se vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio pero como ya vimos y como conclusión, si antes de iniciar el proceso puede adoptarse, carece de razonabilidad no poderla adoptar una vez ya iniciado el mismo.

Ahora bien, el tercero propietario puede estar dispuesto a exhibir el documento voluntariamente. En este caso, la LEC establece como ventaja *que no se les obligará a que los presenten en la Oficina judicial, sino que, si así lo exigieren, irá el Secretario judicial a su domicilio para testimoniarlos*. Se entiende y me parece acertada esta facilidad que regula la Ley ante la voluntad del tercero de prestar colaboración con los tribunales, lo que constituye, en definitiva, la razón de ser de la aportación de documentos por terceros. Todo ello sin perjuicio de que se pueda solicitar la aportación del original si con el testimonio del Secretario no fuera suficiente<sup>235</sup>. Y en relación con los dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros documentos que no incorporen predominantemente textos escritos, *si sólo existiese el original, la parte podrá solicitar que en la exhibición se obtenga copia, a presencia del Secretario Judicial, que dará fe de ser fiel y exacta*

---

<sup>235</sup> Así lo pone de manifiesto DE LA OLIVA SANTOS, Comentario al artículo 330 LEC en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 576.

*reproducción del original* (art. 333 LEC)<sup>236</sup>. Esta última disposición da cierre a la regulación sobre la exhibición documental.

### **3. LAS MODALIDADES DE EXHIBICIÓN DOCUMENTAL: ASPECTOS COMUNES Y CONTRASTES**

El deber de exhibición documental entre partes, la exhibición de documentos por terceros y el deber de exhibición de entidades oficiales conforman la tripartición de la cual parte la exhibición documental en términos generales. Así las cosas, de lo que se tratará, en este epígrafe, es de ver los aspectos comunes así como los contrastes existentes entre la aportación de documentos que obran en poder de los litigantes y la exhibición de documentos en poder de un tercero:

a) *El momento para solicitar la exhibición documental.* Sobre el tiempo oportuno para solicitar la exhibición ya se proyectaron algunas notas en el apartado correspondiente. No obstante, el análisis de estas notas pone de manifiesto diversas cuestiones que constituyen elementos relevantes sobre los que resulta preciso efectuar alguna consideración más. En una primera aproximación, el art. 328 LEC no dispone el momento para formular la exhibición pero un plazo idóneo podría ser antes del juicio para conseguir que toda la actividad probatoria terminase en el mismo.

---

<sup>236</sup>GUZMÁN FLUJA, Comentario al artículo 330 LEC..., p. 2418. Y sobre el uso abusivo de mapas, planos y fotografías en los tribunales americanos véase HAMPTON DELLINGER, Word are enough: the troublesome use of photographs, maps and other images in Supreme Court opinions, *Harvard Law Review*, vol.110, 1997, pp. 1704 y ss.

El legislador del 2000 tenía claro que había de regular la exhibición entre partes, pero descuidó regular los detalles de la articulación procedimental de esta institución, particularmente, como hemos visto, el momento de su solicitud. Así pues, cabría plantearse el momento exacto para efectuar esta formulación de la solicitud de exhibición. En virtud de las reglas que regulan la presentación de documentos y, en concreto, el art. 265 LEC, *a toda demanda o contestación habrán de acompañarse los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden*. Un litigante, a través del instituto de la exhibición documental, pretende relevar la actitud reticente de su adversario y obtener de él la confirmación de datos de los que ya dispone (por copias simples, por ejemplo) y que contribuyan a formar la decisión del juez. Así las cosas, el documento no se aportará con los escritos alegatorios iniciales pero en los mismos escritos se podrá advertir al litigante contrario de la intención de requerirle el documento, exceptuándose de lo dicho, los documentos conocidos con fecha posterior y de los que se ocupan los arts. 270 y siguientes de la LEC<sup>237</sup>.

Este art. 270 LEC actúa como excepción a la regla general, permitiendo la presentación de documentos en momento no inicial del proceso: 1) *cuando sean de fecha posterior a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio*, 2) *cuando se trate de documentos que la parte que los presenta, por razones justificadas, no tuviera conocimiento de ellos antes*, y 3) *cuando haya sido imposible su obtención por causas no imputables a la parte interesada, siempre que se haya hecho*

---

<sup>237</sup>En relación con la aportación de documentos, vid., GASCÓN INCHAUSTI, El Tratamiento de las Cuestiones Procesales con anterioridad a la Audiencia Previa al Juicio (I): La Inadmisión de la Demanda en *El Tratamiento de las Cuestiones Procesales y la Audiencia Previa al Juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2005, pp. 73 y ss.

*oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del artículo 265 LEC.*

La situación de acceder al documento, en manos del litigante contrario o de un tercero, por parte de quien pretende introducirlo en el proceso se asemeja a lo contemplado en este art. 265.2 LEC: *sólo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, no puedan disponer de los documentos, medios e instrumentos a que se refieren los tres primeros números del apartado anterior, podrán designar el archivo, protocolo, o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación.* El litigante, en lugar de designar el archivo u otro registro en que se halle el documento, podría advertir que se encuentra en poder de la contraparte. La sintonía entre ambas situaciones es prácticamente absoluta.

El legislador del 2000, asimismo, obvió el tratamiento de la preclusión en la formulación de las solicitudes de exhibición. Con todo, la doctrina prefiere establecer el momento de la solicitud antes del juicio. Desde esta perspectiva, cabría sostener que la solicitud de exhibición habrá de hacerse con la demanda o contestación o en la audiencia previa al juicio<sup>238</sup>. La opción de la audiencia previa se evidencia en el hecho de que si la solicitud formulada en la demanda no obtiene respuesta por parte del demandado, en su contestación, podrá formularse de nuevo en la audiencia previa. Es la opinión compartida por la doctrina<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup>MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil...*, p. 315.

<sup>239</sup>PICÓ JUNOY, Comentario al artículo 328 LEC en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 1872.

Por lo que a la exhibición de terceros respecta, la solicitud se llevará a cabo en la audiencia previa al juicio. Siguiendo con lo expuesto en relación con la solicitud de la exhibición entre partes, se trata, a mi juicio, de una postura razonable<sup>240</sup>.

Finalmente, en cuanto al juicio verbal, la solicitud de exhibición se hará por el actor en la demanda, con la excepción de los mencionados arts. 270 y siguientes de la LEC. Por lo demás, y según el art. 440 LEC, admitida la demanda en el juicio verbal, el Secretario judicial citará a las partes para la celebración de la vista. Pues bien, podemos hallar alguna dificultad en el supuesto de que la solicitud de exhibición surja como consecuencia de las alegaciones del demandado al contestar, verbalmente, a la demanda en este acto de la vista.

Tratándose del actor, según ORMAZABAL SÁNCHEZ, podrá solicitar la exhibición en la propia vista, sin necesidad de proceder a la suspensión de la misma<sup>241</sup>.

Cuando se trata del demandado, MONTERO AROCA manifiesta que se puede recurrir a la analogía y aplicar el contenido del art. 440.1.III LEC, en el sentido de que dentro del plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, formule la petición de exhibición<sup>242</sup>. El mismo autor añade que el actor también podría

---

<sup>240</sup>MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil...*, pp. 320-321.

<sup>241</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ (con SEGURA CROS), Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros en *La Prueba Documental...*, pp. 425-426.

<sup>242</sup>Art. 440.1.III LEC: *La citación indicará también a las partes que, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el Secretario judicial a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación. En el mismo plazo de tres días podrán las partes pedir respuestas escritas a*

solicitar la exhibición en este mismo plazo o en la propia vista, sin necesidad de proceder a la suspensión de la misma<sup>243</sup>.

No me parece razonable sostener la aplicación por analogía de este art. 440.1.III (ni para el actor ni para el demandado) puesto que este mismo precepto se refiere a la citación por el Secretario judicial de determinadas personas que actuarán en calidad de partes o de testigos y a la solicitud de interrogatorio escrito a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, lo cual nada tiene que ver con la solicitud de exhibición documental.

También se plantea la eventualidad de solicitar la exhibición a través del cauce de la prueba anticipada (art. 293 LEC)<sup>244</sup>. Igualmente, no me parece razonable porque el instituto de la prueba anticipada responde a un cometido bien delimitado y que difiere de la cuestión que estamos analizando: el temor de que no pueda practicarse una prueba si se ajusta a las disposiciones ordinarias de tiempo. En nuestro particular caso, no existe este temor fundado, simplemente alguna de las partes está interesada en la exhibición de unos documentos. Así que propondría que el actor procediese a la solicitud de exhibición en la demanda o en el acto de la vista, según las circunstancias expuestas, y que el demandado hiciese la petición al contestar a la demanda en este mismo acto de la vista.

b) *La medida de intervención de entrada y registro.* Como se ha dicho, no resultaría desproporcionada la adopción de esta medida

---

*cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el artículo 381 de esta Ley.*

<sup>243</sup>MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil...*, pp. 316.

<sup>244</sup>Ibíd., pp. 320-321.

ante la resistencia a la exhibición, siempre y cuando se cumpliera con la exigencia de que existiesen indicios suficientes de que los documentos pueden hallarse en un sitio determinado así como los restantes presupuestos relacionados con la previsión normativa, la jurisdiccionalidad y la proporcionalidad *stricto sensu*. En este caso, basta razonablemente con emplear la analogía y aplicar lo dispuesto en sede de diligencias preliminares porque si antes de iniciarse el proceso puede adoptarse una medida de estas características, carece de razonabilidad no poderla adoptar una vez ya iniciado el mismo.

Ahora bien, lo dicho hay que plantearse *ad cautelam*. En el supuesto de las diligencias preliminares, hay una habilitación legal expresa (art. 261 LEC) para llevar a cabo la medida de entrada y registro. En el caso de la exhibición documental –entre partes y frente a terceros–, por el contrario, no hay este permiso legal expreso. Por dicha razón, hay que tener muy presente el peligro que implica el empleo de la analogía <<para aplicar una medida limitativa de un derecho fundamental como la entrada en el domicilio de una persona>><sup>245</sup>.

Por lo demás, la medida de entrada y registro es adoptada en un proceso y por un órgano jurisdiccional, pero no consta literalmente la exigencia de que sólo pueda llevarse a cabo en relación con un proceso penal, sin que, en principio, existan inconvenientes u obstáculos a que la medida sea adoptada en relación con otras clases de procedimientos ya que el único requisito es la

---

<sup>245</sup>ARMENGOT VILAPLANA, Las Nuevas Diligencias Preliminares y las Especialidades en Materia Probatoria introducidas por la Ley 19/2006..., op. cit., p. 12.

jurisdiccionalidad. No obstante, decía que este modo de proceder requiere cautela, aunque se cumplan todos los presupuestos exigidos.

Recuérdese, finalmente, que, como hemos visto con mayor detalle anteriormente, si hablamos de efectividad y no resignarse a la práctica de la exhibición podemos referirnos a esta medida y no a otras de otro tipo como podría ser la imposición de una multa.

Cabría plantearse, en estas circunstancias, la posibilidad de imponer otras sanciones igual de severas y que podrían no entrañar el riesgo que supone aplicar una medida limitativa de un derecho fundamental. Estoy pensando en que podría ser útil implantar en el proceso civil español algunas de las sanciones del proceso civil estadounidense como son: reintegro de los gastos en que hubiera incurrido la parte que ha actuado honestamente, quedar decididos aspectos clave del asunto en perjuicio de la parte que ha actuado malintencionadamente o la terminación del proceso con sentencia desfavorable para esta última.

Por lo que se refiere a los contrastes debemos centrarnos en los siguientes:

c) *La naturaleza procesal de la exhibición documental entre litigantes y por un tercero.* El encabezamiento del art. 328 LEC, *cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos*, supone, como ya venimos diciendo, una relación directa entre las mismas sin intervención inicial del tribunal, aunque sí posterior (art. 329.2 LEC, cuando se produzcan una serie de pautas y en caso de negativa injustificada a la exhibición, el tribunal podrá formular

requerimiento). A primera vista, la exhibición documental entre partes se presenta como una carga procesal, cuyo levantamiento evitará que el litigante requerido padezca las consecuencias de la presunción del art. 329.1 LEC, *atribución de valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado*<sup>246</sup>.

*Y cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas, criterios todos ellos que dan lugar al requerimiento del tribunal ante la negativa injustificada a exhibir, la exhibición se tornará un deber.*

Por lo que respecta a la exhibición por terceros, ésta se presenta como un deber, *sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando, pedida por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.* Se aprecia una intervención del tribunal con carácter inicial, cosa que no sucede con la exhibición documental entre partes, como acabamos de exponer.

d) *Efectos de la negativa injustificada a exhibir.* En el supuesto del art. 329.1 LEC (exhibición entre partes), esta negativa lleva aparejados los siguientes efectos: atribución de valor probatorio a la copia o versión presentadas por el solicitante de la exhibición dado que existe la presunción de que versan sobre un documento existente y real en manos del otro litigante y que éste no quiere aportarlo

---

<sup>246</sup>GUASP (con ARAGONESES), *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Navarra, 2005, pp. 452-453.

porque supondría perjudicar su situación en el proceso, de ahí los efectos regulados en el referido art. 329.1 LEC.

En cambio, la exhibición de documentos por terceros y la negativa a la misma no llevan expresamente anudados efectos. Ante el requerimiento de exhibición desatendido por el tercero se acudirá a lo dispuesto en sede de diligencias preliminares (lo mismo a lo que nos remitimos ante la resistencia a cumplir con el requerimiento del art. 329.2 LEC), esto es, la entrada y registro para llevar a cabo la exhibición o el establecimiento de consecuencias penales por incurrir en desobediencia a la autoridad. Lo que no se producirá será una presunción *iuris tantum* como en el supuesto anterior porque el tercero ostenta la condición de sujeto ajeno al proceso (y no de parte del mismo). El tercero no tiene interés en el proceso (ni en su resultado), todo lo contrario de lo que ocurre con los litigantes, de ahí que una actitud reacia a exhibir pueda desencadenar en la comentada presunción del art. 329.1 LEC.

e) *El fundamento de la exhibición documental entre partes y por un tercero.* La exhibición de documentos por terceros se funda en el deber de colaboración requerida por los tribunales en el curso de las actuaciones y en la ejecución de lo resuelto (art. 118 CE)<sup>247</sup>. Por su parte, la exhibición de documentos entre los litigantes no se fundamenta en la prestación de colaboración con los tribunales. Los litigantes, a diferencia del tercero, tienen interés en el resultado del litigio y precisamente por este interés que persigue con el desenlace del proceso, el litigante solicitado a exhibir actuará de una manera u

---

<sup>247</sup>Véase, en igual sentido, RIVELLES ARELLANO, La Prueba Documental en *Estudios sobre la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil...*, p. 225.

otra. La exhibición documental entre partes puede hallar su razón de ser en el principio de la buena fe procesal<sup>248</sup>.

f) *Alcance de la exhibición documental entre partes y por un tercero.* Como hemos tenido ocasión de comprobar, para requerir la exhibición de un tercero, es preciso dirigirse a él no para que exhiba cualquier clase de documentos sino *documentos cuyo conocimiento resulte trascendente a los fines de dictar sentencia*, así lo impone como límite la Ley. El art. 328 LEC relacionado con el deber de exhibición documental entre partes se refiere, por otro lado, a documentos que versen sobre el *objeto del proceso* o la *eficacia de los medios de prueba*. En este caso, puede tratarse de <<documentos simplemente útiles para reforzar o completar la eventual convicción del juzgador>><sup>249</sup>. En cambio, es mucho más difícil delimitar qué se entiende por documento trascendente, si bien me remito a los criterios expuestos con el objeto de determinar la naturaleza trascendente del documento (incidencia sustancial en el fallo, importancia relevante y no accesorio para fundar la sentencia, contribución al convencimiento del juez, referidos a las pretensiones de los litigantes y, por último, documentos que constituyan prueba pertinente y útil). No debemos olvidarnos, tampoco, del último apartado del art. 328 LEC referido a los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cuya solicitud de exhibición deberá acompañarse de un principio de prueba.

---

<sup>248</sup>SERRA DOMÍNGUEZ, La Prueba Documental en *Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil...*, p. 252.

<sup>249</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, p. 109.

g) *El desarrollo procedimental.* Tanto el deber de exhibición documental entre partes como la exhibición de documentos por terceros cuentan con lagunas importantes que obligan a realizar varias interpretaciones de los preceptos dedicados a ambas modalidades de exhibición. Sin embargo, la exhibición de documentos por terceros trata sobre la comparecencia de éstos, aspecto que viene a colmar una laguna considerable de los artículos 328 y 329 LEC. Otra diferencia entre ambas clases de exhibición documental, es que la exhibición por terceros ofrece una definición de los sujetos que *no se considerarán terceros*, cosa que no ocurre con la exhibición documental entre partes, no se establece la acepción del *no litigante*. De la indagación en la *ratio* del art. 330.2 ya nos hemos ocupado en apartados precedentes.

## **CAPÍTULO IV**

### **CASOS ESPECIALES DE EXHIBICIÓN DOCUMENTAL**

#### **1. EL DEBER DE EXHIBICIÓN DE ENTIDADES OFICIALES**

##### **1.1 CONSIDERACIONES PREVIAS**

Una vez vista la exhibición documental propiamente dicha, es el momento de adentrarnos en el deber de exhibición de entidades oficiales, cuyo tratamiento viene regulado en el art. 332 LEC.

De nuevo, al hablar de la exhibición por parte de las entidades oficiales, aludimos al deber de colaboración. Es decir, el art. 332 LEC <<es de más importancia como fundamento de un deber de colaboración a los fines del proceso civil, que desde el punto de vista de las facultades y derechos procesales de las partes>><sup>250</sup>.

Este precepto de la LEC encuentra sus fundamentos en los artículos 105 b.) y 118 CE y 17 LOPJ que desarrolla este último artículo de la Constitución<sup>251</sup>. El art. 105, apartado b.), establece el

---

<sup>250</sup>DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 388.

<sup>251</sup>Art. 17 LOPJ: *Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la Ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las Leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la Ley. Las Administraciones Públicas, las*

acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. El segundo de estos preceptos, el art. 118, como ya es sabido, recoge el deber de colaboración con los tribunales.

Todo ello completado, además, por el art. 37 de la LRJPAC relativo al derecho de acceso a archivos y registros<sup>252</sup>. Así pues, estas

---

*Autoridades y funcionarios, las corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las Leyes.*

<sup>252</sup>Art. 37 LRJPAC: *Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes: A) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo. B) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado. C) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando. D) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial. E) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria. Se regirán por sus disposiciones específicas: A) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas. B) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes. C) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral. D) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública. E) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley. F) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local. G) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos. El derecho de acceso*

normas han encontrado su desarrollo en el ámbito procesal con el art. 332 LEC, el cual será objeto de nuestro interés seguidamente.

A continuación examinaré los distintos aspectos regulados en los apartados 1 y 2 del art. 332 LEC, dedicados a las dependencias del Estado y a las entidades y empresas que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades del Estado, respectivamente<sup>253</sup>, así como las dudas que plantea este mismo artículo (secretos oficiales, reservas en materia tributaria, oposición a la exhibición, etc.). Este deber de exhibición documental de entidades oficiales se complementa con las normas contenidas en las leyes que regulan la actividad de estos entes oficiales<sup>254</sup>.

---

*será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares. Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración.*

<sup>253</sup>GUZMÁN FLUJA, Comentario al artículo 332 LEC..., p. 2422.

<sup>254</sup><<El artículo 332 es el que regula la exhibición por entidades oficiales de documentos que obren en sus dependencias y archivos. Venía a suponer una innovación de la regulación anterior en la que no existía precepto alguno sobre esta materia>>, SACRISTÁN REPRESA, Cuatro Consideraciones no muy extensas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en *Jueces para la Democracia*, número 40, 2001, op. cit., p. 34.

**1.2 LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN PODER DE ENTIDADES OFICIALES: LA NORMA ESPECIAL DEL ARTÍCULO 332 LEC**

El art. 332 LEC dedica sus dos apartados al deber de exhibición de entidades oficiales:

- 1) *Las dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, Entidades locales y demás entidades de Derecho público no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. En este caso, se dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter.*
- 2) *Salvo que exista un especial deber legal de secreto o reserva, las entidades y empresas que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las provincias, de los municipios y demás Entidades locales, estarán también sujetas a la obligación de exhibición, así como a expedir certificaciones y testimonios, en los términos del apartado anterior.*

Lo que aparece regulado en este precepto nos conduce a una situación de ponderación de intereses entre el derecho a la exhibición y el derecho a obtener los medios de prueba y otra circunstancia que

eventualmente puede oponer la persona solicitada a exhibir (en este supuesto concreto, el secreto oficial)<sup>255</sup>.

De nuevo, el mencionado artículo presenta interrogantes a los que se tratará de dar respuesta. Respecto al procedimiento de exhibición, el art. 332 <<ha de interpretarse integrado con los preceptos sobre aportación de documentos>><sup>256</sup>. De este artículo 332 no podemos extraer el cauce procedimental concreto sino una regla general, *deber de aportación de documentos por parte de las entidades oficiales* y una excepción, *la no presentación de la documentación con carácter reservado o secreto*. Precisamente, la legislación en materia de secretos oficiales es la contenida en la Ley 9/1968, de 5 de abril (parcialmente modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre), y su Reglamento aprobado por Decreto 242/1969, de 20 de febrero<sup>257</sup>.

Una vez más, sin embargo, se producen lagunas en torno al desarrollo procedimental. Lo que obliga a remitirnos a las otras modalidades de exhibición documental para llegar a la consideración de que estas entidades oficiales pueden negarse a la exhibición, expresando los motivos que crean convenientes (la no disposición del documento, el carácter reservado del mismo, etc.), siendo el tribunal quien decida si se trata de motivos justificados o no. Se establecen eventuales causas de oposición como la reserva o secreto, dirigiendo la entidad pública al tribunal exposición razonada sobre dicho

---

<sup>255</sup>CORTÉS DOMÍNGUEZ (con GIMENO SENDRA y MORENO CATENA), *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1997, p. 251.

<sup>256</sup>DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 388.

<sup>257</sup>Para abundar en el tema, véase DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sobre Secretos Oficiales*, Madrid, 1998.

carácter. Resulta adecuada esta formulación puesto que así el juez dispondrá de razones suficientes para requerir o no la exhibición.

En lo concerniente al ámbito subjetivo de este art. 332 LEC, cabe afirmar que no es el propio Estado, Comunidad Autónoma, Provincia, etc., el sujeto frente a quien se requiere la exhibición sino las dependencias de ellos que tengan en su poder el documento, logrando, así, celeridad en la obtención del mismo. Es decir, tendrá la obligación de expedir certificaciones o exhibir documentos la persona u órgano encargado de la dependencia, no dirigiéndose solicitudes a la Administración en general con el objeto de evitar demoras innecesarias y de acceder con facilidad a los documentos.

Cabría tomar como ejemplo de lo referido el requerimiento de expedición de un certificado de nacimiento para el cual la persona interesada no se dirigirá al Estado, Comunidad Autónoma o Provincia, con carácter general. Se dirigirá a un órgano determinado, en este particular supuesto al Registro Civil de su lugar de nacimiento, y al oficial o funcionario responsable del mismo. Así, con esta concreción, se conseguirá acceder a los documentos en un breve plazo de tiempo, sin complicaciones excesivas y quedando delimitado el sujeto gravado con la carga de la exhibición o expedición, más allá de la referencia genérica al Estado, Comunidad Autónoma y Provincia.

Las perplejidades de este art. 332 LEC las pueden protagonizar uno de los incisos de su apartado primero, esto es, *demás entidades de*

*Derecho público* y el no establecimiento de sanciones ante la desobediencia a la petición de exhibición<sup>258</sup>.

Hay que remitirse a los artículos 41 y siguientes de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/97, de 14 de abril) para saber cuáles son estas innominadas entidades de Derecho público. Estos artículos diferencian dentro de los organismos públicos, entre *los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales*, rigiéndose los primeros por el Derecho administrativo y las segundas por el Derecho privado. Así las cosas, los organismos autónomos estarían dentro de esas *demás entidades de Derecho público* y las entidades públicas empresariales aparecerían dentro del apartado segundo del mencionado art. 332 LEC<sup>259</sup>. Ahora bien, para evitar todas estas conjeturas lo mejor hubiese sido clarificar esta disposición normativa. Esto último también se puede predicar de los artículos 328, 329 y 330 LEC.

Una de las posibles sanciones ante la negativa a exhibir por parte de estas entidades oficiales podría ser la imposición de una multa en los términos del artículo 591.2 LEC, es decir, una multa coercitiva periódica a la persona y entidad que no preste la colaboración que el Tribunal les haya requerido en virtud del deber de colaboración de este art. 591 LEC<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup>Véase en el sentido del no establecimiento de una sanción específica, CORDÓN MORENO, Comentario al artículo 332 LEC en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 1459.

<sup>259</sup>GUZMÁN FLUJA, Comentario al artículo 332 LEC..., p. 2423.

<sup>260</sup>SERRA DOMÍNGUEZ, La Prueba Documental en *Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil...*, p. 256.

### 1.2.1 ESPECIAL REFERENCIA A LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN PODER DE LA AGENCIA TRIBUTARIA

No se puede hablar del deber de exhibición de entidades oficiales sin referirnos expresamente a la exhibición de datos relativos a los contribuyentes y que están en poder de la Agencia Tributaria. Surge así una polémica cuestión que tiene como protagonista al artículo 95 (anteriormente, art. 113) de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre) y el consiguiente blindaje que se procura la Agencia Tributaria<sup>261</sup>. El mencionado artículo se presenta bajo la rúbrica del *carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria*, disponiendo que los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros salvo que la cesión tenga por objeto<sup>262</sup>:

---

<sup>261</sup>DÍAZ FUENTES, *La Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 195.

<sup>262</sup>Las demás letras de este art. 95 de la Ley General Tributaria son las siguientes:

- a) *La colaboración con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada.*
- b) *La colaboración con otras Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias.*
- c) *La colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social en la lucha contra el fraude en la cotización y recaudación de las cuotas del sistema de Seguridad Social, así como en la obtención y disfrute de prestaciones a cargo de dicho sistema.*
- d) *La colaboración con las Administraciones públicas para la lucha contra el delito fiscal y contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones a cargo de fondos públicos o de la Unión Europea.*
- e) *La colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido.*
- g) *La colaboración con el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de fiscalización de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.*
- i) *La colaboración con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, con la Comisión de Vigilancia de Actividades de*

f) *La protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Fiscal.*

h) *La colaboración con los jueces y tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa en la que, previa ponderación de los intereses públicos y privados afectados en el asunto de que se trate y por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración tributaria.*

El efecto resultante de este precepto es claro: el Juez, en virtud del artículo 332 LEC, habrá de desestimar la petición de exhibición puesto que los datos obrantes en poder de la Agencia Tributaria gozan, en su totalidad, de carácter reservado con las salvedades contempladas en las letras de la a) a la k) del art. 95 LGT.

Y las críticas, en este sentido, tampoco se han hecho esperar. Se ve en ello <<una restricción injustificada al derecho a obtener la tutela judicial efectiva y darse la impresión de que la Administración Tributaria, en pugna con la Administración de Justicia, se niega a entregar los datos que gestiona al único efecto de garantizar la

---

*Financiación del Terrorismo y con la Secretaría de ambas comisiones, en el ejercicio de sus funciones respectivas.*

j) *La colaboración con órganos o entidades de derecho público encargados de la recaudación de recursos públicos no tributarios para la correcta identificación de los obligados al pago y con la Dirección General de Tráfico para la práctica de las notificaciones a los mismos, dirigidas al cobro de tales recursos.*

k) *La colaboración con las Administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones, previa autorización de los obligados tributarios a que se refieran los datos suministrados.*

eficacia del procedimiento ejecutivo de sus propios créditos ante los ciudadanos>><sup>263</sup>.

Incluso, el Consejo General del Poder Judicial, en su informe, <<interesó que se añadiera a este precepto que la Agencia Tributaria y demás organismos financieros o tributarios del Estado tienen la obligación de colaborar con los jueces civiles, debiendo aportar al proceso cuantos documentos estimen necesarios a efectos probatorios>><sup>264</sup>.

Se plantea un conflicto que tiene al Juez como parte interesada en la aportación de los documentos y mientras no se proceda a la modificación de las redacciones de la LEC o de la LGT, seguirá planteándose<sup>265</sup>, porque también se echa de menos en la legislación procesal el que no contenga ninguna referencia a la Administración tributaria<sup>266</sup>.

A mi modo de ver, este art. 95 de la LGT me parece desacertado, quedando varios preceptos constitucionales afectados por esta cuestión<sup>267</sup>. Como decíamos, el deber de exhibición documental por terceros, ya sea persona privada o pública, encuentra

---

<sup>263</sup>PICÓ JUNOY, La Prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil en *Diario La Ley*, número 4789, de 5 de mayo de 1999, op. cit., p. 6.

<sup>264</sup>VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, La Prueba Documental en *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 54.

<sup>265</sup>SACRISTÁN REPRESA, Comentario al artículo 332 LEC en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, pp. 1563-1564.

<sup>266</sup>SEGURA CROS (con ORMAZABAL SÁNCHEZ), Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros en *La Prueba Documental...*, p. 469.

<sup>267</sup><<Al margen de compartir las críticas a ese deber de colaboración de la Agencia Tributaria, sí convendría señalar otras cuestiones. Así, que el problema no es del artículo 332 de la LEC, sino del artículo 113 de la LGT (...)>>, GUZMÁN FLUJA, Comentario al artículo 332 LEC..., op. cit., p. 2424.

sus raíces en el art. 118 CE (desarrollado por el art. 17 de la LOPJ) que dispone, de manera categórica, *la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*. En este estado de cosas, creo que este artículo de la legislación tributaria no se adecua a la Constitución española por excluir en cierto modo la Agencia Tributaria del deber general de colaboración con la Administración de Justicia. Se pueden contemplar algunas restricciones en determinados supuestos, aludiendo al carácter secreto o reservado, pero establecer que todos los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria, en el desempeño de sus funciones, tienen carácter reservado y no podrán cederse a terceros, es algo que no se ajusta a nuestra norma fundamental y al deber de prestar colaboración con los tribunales que se regula en su seno.

Un aspecto que también resulta controvertido es que la Agencia Tributaria pueda mantener el carácter reservado de los datos solicitados en el proceso declarativo y, por el contrario, en el procedimiento de ejecución, según el art. 590 LEC, puede hacerse una investigación judicial del patrimonio del ejecutado, pudiendo dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique.

Una posible solución al respecto, sería estipular unos supuestos concretos de protección de bienes jurídicos que prevalezcan sobre el derecho de obtener medios de prueba en el proceso civil, norma que así se adecuaría al espíritu y finalidad del deber de colaboración con los tribunales regulado en la Constitución y desarrollado en la LOPJ.

Es decir, la situación de fondo es clara: estamos ante una colisión de dos derechos fundamentales, el derecho a la intimidad<sup>268</sup> y el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva. Y los encargados de ponderar intereses, ante esta particular colisión, son los órganos jurisdiccionales que están conociendo del proceso en cuestión. Si de la ponderación de intereses parece justificada la solicitud de datos a la Administración, ésta no se podría negar<sup>269</sup>.

Para completar esto último, el art. 3 del Código Civil dispone que *las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*. Por consiguiente, el art. 113 LGT (ahora 95), según lo establecido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 6 de marzo de 1997 (AC 1997/610), no puede ser asumido <<a la vista de la dicción del artículo 3 del Código Civil>>. La finalidad de los artículos 118 CE y 17 LOPJ está relacionada con la prescripción de colaboración con los Tribunales, de manera que el art. 95 LGT, con su redacción restrictiva, no se ajusta al objetivo de aquéllas. Así pues, se podría proceder a la petición de exhibición a la Agencia Tributaria (como ocurre con el caso de la Sentencia, que se requiere a la Agencia Tributaria de Alicante) y cumplir con el espíritu de los preceptos 118 CE y 17 LOPJ.

---

<sup>268</sup><<Es doctrina del Tribunal Constitucional (STC 70/2002) que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, en cuanto deriva de la dignidad de la persona, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción de conocimiento de los demás>>, SEGURA CROS (con ORMAZABAL SÁNCHEZ), Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros en *La Prueba Documental...*, op. cit., p. 467, nota a pie de página 714.

<sup>269</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa número 326/1999 (Sección 1), de 30 de septiembre (AC 1999/7606), fundamento jurídico segundo.

Más aún, siguiendo la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 25 de junio de 1996 (RJ 1996/4976) y a la vista de lo establecido en el art. 95 de la LGT, esto es, los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, <<los jueces y tribunales difícilmente encajan en el concepto de terceros>>.

Y de especial consideración es lo que argumenta esta sentencia al decir que <<una cosa es que la Administración tenga conferidos por la Ley determinados derechos o impuestos ciertos deberes, y otra muy distinta que tenga competencia para decidir sobre los mismos. La autotutela administrativa no significa, en un Estado de Derecho, que la Administración Pública tenga la última palabra, es decir, la competencia para decidir. Si así fuera no existiría la jurisdicción contencioso-administrativa>>.

Pero mientras no cambien las cosas, la solución pasa porque se puede requerir de exhibición de los documentos obrantes en poder de la Agencia Tributaria a la parte contraria y en caso de negativa se aplicaría el art. 329 LEC o requerirle para que autorice a dicho órgano a librar tales documentos (en cuyo caso, la Agencia ya no podrá negarse)<sup>270</sup>.

---

<sup>270</sup>PICÓ JUNOY, Comentario al artículo 332 LEC en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 1879.

A pesar de la polémica que suscita la reserva en materia tributaria, es necesario poner de relieve la importancia de este art. 332 LEC y su regulación del deber de exhibición de entidades oficiales. Importancia significativa porque lo que hace la LEC, en esta dirección concreta, es aminorar las posibilidades de que las entidades públicas (oficiales) se amparen desmesuradamente en prerrogativas concedidas por ser, precisamente, entes públicos o legales.

## **2. LA EXHIBICIÓN DE LOS LIBROS DE LOS COMERCIANTES**

### **2.1 ASPECTOS GENERALES**

La contabilidad de los empresarios se erige como un caso especial de prueba documental<sup>271</sup>. El art. 327 LEC establece que *cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles. De manera motivada, y con carácter excepcional, el tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados.*

Lo primero que llama la atención aquí es la remisión a las disposiciones del Código de Comercio, en particular, a sus artículos 31 a 33<sup>272</sup>, entendiéndose como algo razonable y <<dirigido a valorar

---

<sup>271</sup>Para conocer, con más detalle, la naturaleza jurídica de los libros de contabilidad, véase MARINA GARCÍA TUÑÓN, *La Función de los Libros de Contabilidad en Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Valencia, 1995, pp. 2130-2139.

<sup>272</sup>STS de 19 de septiembre de 1993.

la prueba en función del cumplimiento de las normas de transparencia y fiabilidad de la actividad económica>>. Con esta remisión, <<se pretende complementar las disposiciones de la LEC, con toda la fuerza que los artículos del Código de Comercio imponen a la contabilidad de los comerciantes, más la que le añaden las Leyes de sociedades anónimas y limitadas, las que imponen el plan general de contabilidad y demás normas de obligado cumplimiento (...)>><sup>273</sup>. En segundo lugar, los libros de los comerciantes, ya desde la regulación decimonónica, han contado con un tratamiento diferenciado respecto de los demás documentos, si bien pueden ser considerados como una variedad de documento privado <<con disposiciones particulares para su aportación y apreciación en el artículo 327, que en definitiva remite a las prescripciones del Código de Comercio>><sup>274</sup>.

En materia de diligencias preliminares, se observó que, ante la negativa a exhibir los documentos contables, el efecto resultante, *se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante* es distinto que en el supuesto de la negativa a exhibir los demás títulos y documentos, para la cual se prevé la entrada y registro.

En su momento, ya nos referimos a algunas de las razones de esta diferenciación entre los libros de los comerciantes y el resto de

---

<sup>273</sup>RUEDA LÓPEZ, Comentario al artículo 328 LEC en *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (Textos legales, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios)*..., que a su vez cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2005, op. cit., pp. 437-438.

<sup>274</sup>VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, La Prueba Documental en *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*..., p. 48. Y GUASP (con ARAGONESES), *Derecho Procesal Civil*..., op. cit., p. 451. Y También la STS de 12 de febrero de 1982 (RJ 1982/589).

los documentos poniendo al lector, en primer lugar, al corriente de ciertos precedentes históricos.

Un primer e importante aspecto, más allá de la retrospectiva histórica, para conocer el porqué de esta diferenciación se encuentra en las garantías, *extrínsecas* e *intrínsecas*, que impone el Código de Comercio con el objetivo de que el contenido de los libros contables no sea fácilmente falseado ni falseable. Las garantías extrínsecas se refieren a la legalización de los libros recogida en el art. 27 del CCom que establece que *los empresarios presentarán los libros que obligatoriamente deban llevar en el Registro Mercantil del lugar donde tuvieren su domicilio, para que antes de su utilización se ponga en el primer folio de cada uno diligencia de los que tuviere el libro y, en todas las hojas de cada libro, el sello del Registro*. Lo que se pretende, con ello, es evitar que el empresario pueda, en función de su conveniencia, modificar una situación determinada, <<aumentando la presunción de legitimidad de los libros>><sup>275</sup>. Las garantías intrínsecas, por su parte, están relacionadas con lo que hemos dicho más arriba del severo deber de llevar una ordenada contabilidad.

Así pues, con la imposición, sobre todo, de las garantías extrínsecas por parte del Código de Comercio puede entenderse que ante la falta de exhibición de los documentos contables del art. 261.4 LEC, *se puedan tener por ciertos los datos aportados por el solicitante* (y no proceder a la entrada y registro) porque estos documentos poseen un carácter casi de absoluta impermeabilidad y que hace que se presuman verosímiles si el sujeto solicitado a exhibirlos no está

---

<sup>275</sup>MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil...*, op. cit., p. 104.

dispuesto a hacerlo. Otras clases de documentos no gozan de este carácter impermeable, siendo más fácilmente falseados y que la presunción de legitimidad no sea tan categórica. Si bien con la llegada de las nuevas tecnologías, también se permite que la contabilidad aparezca en formato electrónico, pudiendo verse menoscabada esta legalidad de los libros contables. Es decir, y como ya vimos al hablar de las medidas de aseguramiento de la prueba, los documentos contables pueden verse fácilmente modificados por los múltiples recursos informáticos de los que disponemos en nuestro entorno y, asimismo, por ser documentos que manejan gran cantidad de datos numéricos. Pero, a primera vista, queda demostrado, a través de las disposiciones del Código de Comercio, que los libros contables son difícilmente modificables puesto que una de sus principales características es el rigor de las normas que los rigen.

Pero también cabe sugerir como otro motivo que explicaría esta diferenciación, el contenido patrimonial de estos asientos contables<sup>276</sup>. Estamos delante de documentos que contienen múltiples operaciones y datos en comparación con el resto de documentos, se refieren a cuentas anuales, balances, inventarios, etc., lo cual justifica también que deban recibir un trato particular.

Igualmente, convengo con ORMAZABAL SÁNCHEZ cuando manifiesta que se trata de un caso especial de prueba documental <<concomitante con la prueba mediante reconocimiento judicial que,

---

<sup>276</sup>STS de 2 de junio de 1990 (RJ 1990/4725), fundamento jurídico tercero y STS de 12 de marzo de 1963 (RJ 1963/1418).

al mismo tiempo, implica o presupone la exhibición o toma de conocimiento de dichos documentos>><sup>277</sup>.

En este orden de cosas, el hecho de que sea una prueba documental mezclada con la prueba de reconocimiento judicial nos sirve para seguir esclareciendo las causas de este tratamiento distinto.

Los documentos contables, en definitiva, cuentan con notas características muy específicas o delimitadas. Cuando nos referimos a la contabilidad, no hablamos sólo de operaciones aritméticas o balances sino también de todos los documentos relacionados con el tráfico empresarial, actividades contractuales o todo tipo de correspondencia<sup>278</sup>. El volumen de datos que incorporan estos libros es elevado y <<se constituyen como una muestra evidente de los créditos y deudas que podrán ser reclamados en los correspondientes juicios de carácter civil>><sup>279</sup>, y ello justificaría, de nuevo, la diferencia de régimen. Si bien, también creo que las causas de este trato diferenciador se encuentran haciendo una retrospectiva histórica y aludiendo a la obligación de no revelar la contabilidad.

A continuación, nos referiremos a las peculiaridades de la exhibición de la contabilidad de los empresarios, remitiéndonos a los artículos del Código de Comercio que tratan sobre esta cuestión, poniendo especial énfasis en la novedad introducida por el art. 327,

---

<sup>277</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, op. cit., p. 146.

<sup>278</sup>GÓMEZ PORRÚA, Acceso Judicial a la Obtención de Datos/Investigación Judicial y Secreto Bancario en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 25,1997, pp. 281 y ss.

<sup>279</sup>SACRISTÁN REPRESA, Comentario al artículo 327 LEC en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1541.

*esto es, de manera motivada, y con carácter excepcional, el tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados.*

Decimos como novedad puesto que el art. 605 LECA disponía que *cuando hubieran de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes, se verificaría la exhibición en el despacho o escritorio donde se hallaran los libros.*

Así pues, en las líneas que nos ocupan, se procederá al análisis de la regulación actual de la exhibición de los libros de los comerciantes que, por otra parte, constituye la materia que ha marcado la identidad del Derecho mercantil.

## **2.2 LA EXHIBICIÓN DE LOS LIBROS DE LOS COMERCIANTES: LA LEC Y EL CÓDIGO DE COMERCIO**

Esta exhibición o reconocimiento de la contabilidad de los empresarios encuentra su fundamento legal en los artículos 32 y 33 del Código de Comercio, legislación a la cual se remite la LEC en su artículo 327.

El art. 32 CCom dispone lo siguiente<sup>280</sup>:

---

<sup>280</sup> El artículo 327 LEC es congruente, según CORDÓN MORENO, con lo dispuesto en el artículo 32 CCom, <<que limita el reconocimiento de los libros y demás documentos de los empresarios exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate>>, Comentario al artículo 327 LEC en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1453.

- 1) *La contabilidad de los empresarios es secreta.*
- 2) *La comunicación o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios, sólo podrá decretarse, de oficio o a instancia de parte, en los casos de sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo, y cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo.*
- 3) *Fuera de estos casos, podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los empresarios a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. El reconocimiento se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate.*

Esta particular disposición, en su apartado segundo y tercero, emplea los términos *comunicación* o *reconocimiento*, de ahí que se presuponga la consideración de los libros de los comerciantes como un supuesto especial de prueba documental, coincidente con la prueba de reconocimiento judicial porque más que tratarse de una exhibición se podría hablar de una inspección o toma de contacto con estos libros, correspondencia y demás documentación empresarial.

Ya sólo por esta remisión que efectúa la norma procesal al Código de Comercio (y al Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio) se puede afirmar que estamos ante un caso peculiar de exhibición documental, es decir, la exhibición de los libros de los empresarios cuenta con una

serie de características que la hacen especial y que se pueden resumir de acuerdo con la sinopsis que sigue:

a) En primer lugar, los libros de los comerciantes están sujetos a las reglas de los artículos 328 y siguientes de la LEC, dedicados al deber de exhibición documental<sup>281</sup>. Sin embargo, ciertas peculiaridades de su exhibición se regulan, precisamente, en los artículos de la legislación mercantil que veremos en los próximos apartados.

b) El reconocimiento o exhibición de estos libros queda restringido a unos supuestos bien definidos (art. 32 CCom): *sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo, y cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo*. Se trata de unos casos que fijan delimitadamente el alcance objetivo del artículo 32 CCom.

c) Fuera de estos casos de los que hablábamos en el párrafo anterior, puede tener lugar la exhibición cuando la persona a quien pertenezcan los libros tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición<sup>282</sup>. Por otra parte, el reconocimiento se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate<sup>283</sup>. Esto significa que no bastará con una mera aportación genérica de toda la contabilidad empresarial sino que se impone la obligación de concreción de los puntos que guarden

---

<sup>281</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14), de 31 de marzo de 2004 (AC 2005/391), fundamento jurídico cuarto.

<sup>282</sup>STS de 28 de junio de 1990, La Ley, 1990-4, 1408.

<sup>283</sup>STS de 3 de junio de 2008 (BDB 4663/2008).

relación con el asunto tratado<sup>284</sup>. Me parece del todo acertada esta acotación que hace la norma puesto que lo que conforma la contabilidad de los empresarios son múltiples aspectos y cantidad de datos, haciéndose imprescindible aportar únicamente lo que se refiera a la cuestión de que se trate. De lo contrario, el reconocimiento se haría muy gravoso.

d) Lo mismo ocurre con los artículos 328 y siguientes de la LEC, relativos al *deber de exhibición documental*. Para proceder a la solicitud de exhibición documental entre partes, es necesario pedir documentos que versen sobre el objeto del proceso o la eficacia de los medios de prueba. En el caso de la exhibición de documentos por terceros, se exigen que sean documentos el conocimiento de los cuales resulte trascendente a los fines de dictar sentencia. En ningún caso bastará una solicitud genérica, lo cual tiene sentido porque de lo que se trata es de solicitar la exhibición de documentos relacionados con el pleito.

e) En virtud del art. 32 CCom, este reconocimiento puede ser general o particular. Y se hará, según el art. 33 del mismo código:

e') *En el establecimiento del empresario, en su presencia o en la de la persona que comisione, adoptándose las medidas oportunas para la debida conservación de los libros y documentos. Y la persona a cuya solicitud se decrete el reconocimiento podrá servirse de auxiliares técnicos en la forma y*

---

<sup>284</sup>PICÓ JUNOY, Comentario al artículo 327 LEC en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 1870.

número que el Juez considere necesario<sup>285</sup>. Este último inciso corrobora de nuevo el carácter concomitante de este tipo de prueba documental con la de reconocimiento judicial cuyo art. 353 LEC establece la posibilidad de que las partes se sirvan de alguna persona técnica o práctica en la materia. El art. 634 LECA establecía lo mismo que este art. 353 (oportunidad de que la parte fuera acompañada de una persona práctica en el terreno).

f) Asimismo, cabe traer a colación aquí el art. 330.1.III LEC que reza como sigue: cuando el tercero propietario estuviere dispuesto a exhibir voluntariamente los documentos, como se ha visto, podrá acudir el Secretario judicial a su domicilio para testimoniarlos. Siguiendo lo establecido en el art. 33 CCom, se producirá el reconocimiento de los libros contables en el establecimiento del empresario dado que la contabilidad es secreta. Y es secreta para evitar su difusión abusiva o su conocimiento ilícito. Así pues, a mi juicio, es correcto lo que dispone la legislación mercantil acerca del reconocimiento *in situ*, precisamente para evitar esta difusión o conocimiento ilícito. Incluso, en este supuesto concreto de los libros de los empresarios, a mi entender, creo que es mejor reconocer los originales, por los múltiples datos que contienen estos documentos y que serán objeto de comprobación, que redactar

---

<sup>285</sup><<Conforme a estos preceptos (artículos 31 a 33 CCom), tres reglas son de especial aplicación a la prueba que recaiga sobre los libros de los comerciantes: a) su valor probatorio que lo es por remisión a las reglas generales del Derecho; b) el carácter secreto de los libros de los comerciantes limitado en los supuestos previstos en el artículo 32 de dicho Código, de los cuales cabe destacar la existencia de interés o responsabilidad de aquél a quien pertenezcan, y c) el lugar en el cual ha de hacerse la comprobación de los mismos, que el artículo 33 CCom, determina sea aquel en el que radica el establecimiento mercantil>>, ASENSIO MELLADO, *La Prueba en Proceso Civil Práctico...*, op. cit., p. 594. Referente a lo dispuesto en la primera regla, valor probatorio, véase la STS de 26 de junio de 2001 (RJ 5084/2001), fundamento jurídico cuarto.

testimonio por el Secretario judicial que a lo mejor podría resultar insuficiente, garantizándose así (con la comprobación del original) el no deterioro o pérdida de los documentos.

g) Sin embargo, el art. 327 LEC, como dice DE LA OLIVA SANTOS, dispone con <<designio prudente que de manera motivada, y con carácter excepcional, el tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados>><sup>286</sup>. La utilización del soporte informático hace menos costosa la exhibición de los documentos contables, de ahí que también se permita presentarlos ante el tribunal. ¿En qué casos podrá hacerse la presentación de los libros o su soporte informático ante el tribunal? Como la Ley no lo dice, puede hablarse de los supuestos en que esta documentación esté intervenida y en poder del Banco de España o de un juzgado<sup>287</sup>. Si se presenta la contabilidad en formato electrónico, en mi opinión, este soporte se convierte en el original y su impresión en la copia, es lo que permiten las nuevas tecnologías. Si bien también deben acreditarse, tal y como establece la LEC actual, los motivos o la excepcionalidad de la medida y la especificación, primero por la parte que propone esta prueba y después el tribunal al comerciante<sup>288</sup>, de los asientos a examinar, cosa que no sucedía con el art. 605 LECA, convirtiéndolo en un precepto vago y demasiado genérico. Esta

---

<sup>286</sup>DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 375.

<sup>287</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, p. 27.

<sup>288</sup>DE LA OLIVA SANTOS, Comentario al artículo 327 LEC en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, p. 573.

especificación evita <<tener que acudir al Juzgado aportando la contabilidad entera>><sup>289</sup>.

h) Cuando hayan de usarse como medio de prueba los libros de los comerciantes, esta prueba deberá ser propuesta antes del juicio, al final de la audiencia previa. Pero en momento preprocesal también se puede solicitar la exhibición de los documentos contables a través de las diligencias preliminares o adoptando una medida de aseguramiento de la prueba<sup>290</sup>. Y ante la negativa a exhibir los libros de los comerciantes se estará a lo dispuesto en sede de exhibición documental, esto es, el art. 329 para el supuesto de que el comerciante sea parte en el proceso o el art. 330 cuando se trate de un tercero.

### **3. LA APORTACIÓN DE HISTORIALES CLÍNICOS**

#### **3.1 CUESTIONES GENERALES**

Los libros de los comerciantes constituyen un supuesto especial de prueba documental. Pero no es el único. Sin lugar a dudas, los historiales clínicos constituyen otro caso especial de prueba documental<sup>291</sup>. Esto es así, en primer término, por las múltiples dudas que suscita la aportación de la historia clínica de un determinado sujeto en razón de la necesaria protección, especialmente, del derecho a la intimidad. Así, de lo que se tratará en las próximas líneas es de dar respuesta a los diversos interrogantes que plantea esta cuestión.

---

<sup>289</sup>MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de Prueba Judicial Civil...*, op. cit., p. 308.

<sup>290</sup>GUZMÁN FLUJA, *Comentario al artículo 327 LEC...*, p. 2409.

<sup>291</sup>STS 2840/2001.

Con buen criterio, la Ley 19/2006, en su afán por ampliar los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, ha dado nueva redacción al artículo 256 LEC, que ahora recoge nuevas diligencias preliminares exhibitorias, entre ellas, la diligencia relativa a la historia clínica del centro sanitario o profesional que la custodie<sup>292</sup>. No obstante, no es la única regulación prevista en esta materia.

De nuevo, los artículos 118 CE y 17 LOPJ juegan un destacado papel aquí al igual que diversos preceptos de otras leyes de gran interés para el tema que nos ocupa. Entre otras, cabe destacar la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Honor, de la Intimidación Personal y Familiar y de la Propia Imagen o la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Resulta obvio que uno de los principales problemas a los que se deberá hacer frente es similar a lo que ya vimos en el supuesto particular de la exhibición de documentos en poder de la Agencia Tributaria: la no concordancia entre el deber de colaboración con la Administración de Justicia y el carácter reservado de determinados datos.

Por todo ello, este apartado tiene como punto de interés prioritario, el estudio de determinados derechos fundamentales que

---

<sup>292</sup>ORTIZ DURÁN, Aportación de Documentos en Supuestos Especiales, en AAVV, *La Prueba Documental...*, p. 363.

pueden verse afectados por esta aportación de historiales clínicos, además, de otros aspectos de suma importancia y sobre los que se plantean dudas que todavía no han sido despejadas como el alcance del secreto profesional médico, la titularidad de estas historias clínicas, la aportación de las anotaciones subjetivas del médico y, sobre todo, los mecanismos que tiene una parte para aportar todos los antecedentes clínicos de la otra o de sí misma. Sin perder de vista, asimismo, la exhibición de historiales clínicos en formato electrónico<sup>293</sup>.

Un testamento, un determinado contrato u otros documentos no presentan tantas peculiaridades y dudas como los libros de los comerciantes o el informe clínico de una persona. De ahí que nuestra atención se centre en estos particulares y especiales supuestos.

### **3.2 CONCEPTO Y TITULARIDAD DEL HISTORIAL CLÍNICO**

Es lógico, en primer lugar, trazar el concepto de historial clínico. Según las definiciones legales del art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, la historia clínica (historial clínico o médico)

---

<sup>293</sup><<(…), inmersos en la Sociedad de la Información, el trasvase de formato (papel-soporte informático) al que estamos asistiendo en la configuración y gestión de los historiales clínicos, ha obedecido, entre otros, a la optimización de recursos y mejora de la gestión y calidad asistencial, a la posibilidad de acceso a toda la información clínica de un paciente en cada momento, a impedir la pérdida de información de los pacientes, a la disminución del margen de errores y a facilitar el acceso a la información>>, PINEDO GARCÍA, La Historia Clínica como Medio Probatorio de la Vulneración del Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal y Autonomía del Paciente en *La Prueba Judicial. Desafíos en las Jurisdicciones Civil, Penal, Laboral y Contencioso-Administrativa...*, op. cit., p. 986.

es el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial<sup>294</sup>.

En cuanto a su finalidad, hay que señalar que el historial clínico es un instrumento *destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente* (art. 16 Ley 41/2002). Y, sintéticamente, como finalidades complementarias pueden destacarse las siguientes: la historia clínica es un vehículo de gran utilidad para la docencia; es el soporte informativo imprescindible para la investigación médica; es una fuente de datos para tareas de planificación y para estudios epidemiológicos y de salud pública, y, por último, es un registro de información con validez jurídica<sup>295</sup>.

Por otra parte, el art. 15, de la Ley 41/2002, dispone el *contenido de la historia clínica de cada paciente*. En efecto, cada historial tendrá un contenido mínimo referido a: 1) documentación relativa a la hoja clínico estadística; 2) autorización de ingreso; 3) informe de urgencia; 4) exploración física; 5) evolución; 6) órdenes médicas; 7)

---

<sup>294</sup>Hay otro artículo de la misma ley que contiene otra definición de historial clínico (más amplia), art. 14: *La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro. Cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información. Las Administraciones sanitarias establecerán los mecanismos que garanticen la autenticidad del contenido de la historia clínica y de los cambios operados en ella, así como la posibilidad de su reproducción futura. Las Comunidades Autónomas aprobarán las disposiciones necesarias para que los centros sanitarios puedan adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para archivar y proteger las historias clínicas y evitar su destrucción o su pérdida accidental.*

<sup>295</sup>CENTRE D'ESTUDIS COL·LEGIATS. COL·LEGI OFICIAL DE METGES DE BARCELONA. Història Clínica, Tecnologies de la Informació i Drets del Pacient en *Quaderns de la Bona Praxi*, Abril, 2010, p. 6.

hoja de interconsulta; 8) exploraciones complementarias; 9) consentimiento informado; 10) informe de anestesia; 11) informe de quirófano o registro del parto; 12) informe de anatomía patológica; 13) planificación de cuidados de enfermería y aplicación terapéutica; 14) gráfico de constantes, e 15) informe clínico de alta. Algunos de estos apartados sólo serán exigibles cuando se trate de procesos de hospitalización o así se disponga.

Finalmente, debe advertirse que esta historia clínica se cumplimentará siguiendo criterios de unidad e integración con el objeto de facilitar el mejor y más oportuno conocimiento por los facultativos de los datos de un determinado paciente. Al hilo de esto último, se empleará una metodología estándar para el registro de los distintos datos, un lenguaje inteligible y, en definitiva, se evitará la dispersión de la información clínica a través de la existencia de un elemento de identificación unívoco del paciente.

### **3.2.1 PACIENTE, MÉDICO Y CENTRO HOSPITALARIO: LA VERDADERA TITULARIDAD DEL HISTORIAL CLÍNICO**

Cuanto se ha dicho hasta ahora nos mueve a tratar sobre otra cuestión de especial interés: *la titularidad del historial clínico*. No es fácil determinar dicha titularidad, aunque, como se verá, se han formulado diversas teorías al respecto<sup>296</sup>:

---

<sup>296</sup>Se sigue el esquema, para las distintas teorías, de RÍOS LÓPEZ, Aportación de Documentos en Supuestos Especiales, en AAVV, *La Prueba Documental...*, pp. 377 y ss.

*Titularidad del paciente.* En primer lugar, existe la teoría que defiende que es el paciente el verdadero titular de la historia clínica, lo que encuentra justificación en el hecho de que el referido historial contiene elementos subjetivos del paciente, así como datos relevantes sobre su salud y otras anotaciones que pertenecen a la esfera de su más estricta intimidad.

*Titularidad del médico.* En segundo lugar, hallamos la teoría que opta por atribuir al facultativo la titularidad de la historia clínica. Se argumenta a su favor que en el historial hay muestras evidentes del trabajo científico e intelectual del médico, objeto de protección por parte de la Ley de Propiedad Intelectual.

*Titularidad del centro hospitalario.* En tercer lugar, encontramos otra tesis que postula la titularidad del centro sanitario puesto que la historia clínica se conserva en este lugar determinado, que a su vez, es el sitio en el que se establece la relación médico-paciente. Además, el soporte del historial clínico (ya sea papel o archivo electrónico) es propiedad del mencionado centro sanitario. Es cierto que, admitiendo esta teoría, se halla un elemento de especial justificación: el art. 14 de la Ley 41/2002 que dispone que *cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información. Las Administraciones sanitarias establecerán los mecanismos que garanticen la autenticidad del contenido de la historia clínica y de los*

*cambios operados en ella, así como la posibilidad de su reproducción futura*<sup>297</sup>.

*Titularidad del paciente, médico y centro hospitalario.* Finalmente, hay una última teoría que prefiere defender un concepto de titularidad múltiple que abarca al paciente, facultativo y centro sanitario por los motivos expuestos anteriormente.

A mi juicio, resulta más correcta la primera de las opciones. En la práctica médica, acudiendo a profesionales del sector, la realidad es que la historia clínica es propiedad del paciente, siendo el hospital el que la custodia.

Por otro lado, tampoco debe olvidarse que la historia clínica contiene una variedad de datos que afectan única y exclusivamente al paciente (elementos subjetivos identificadores, estado de salud y demás datos de la más absoluta intimidad del paciente). No debe negarse que el médico manifiesta sus conocimientos en el informe facultativo pero lo hace por una relación contractual que existe con el paciente<sup>298</sup> y cumpliendo con el ejercicio de sus funciones.

---

<sup>297</sup>En la misma línea del artículo, DELGADO MARROQUÍN, ¿Quién Custodia las Historias Clínicas en un Centro de Salud? en *Casos de Ética Clínica. Consultas sobre Bioética Práctica*, [www.institutodebioetica.org](http://www.institutodebioetica.org), 2002. Para conocer más sobre lo dicho, véase CERVILLA GARZÓN, Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica en *Actualidad Civil*, número 12, marzo, 2003, pp. 5 y ss. De interés también la STS 452/1997 (extravíos negligentes de historiales clínicos).

<sup>298</sup>MORENO CASTILLO, La Titularidad de las Historias Clínicas en *Revista de Salud.com*, vol. 3, número 10, 2007, p. 3.

Establecer que las historias clínicas son documentos confidenciales<sup>299</sup> propiedad del centro sanitario cuando el médico trabaje por cuenta de una institución sanitaria y, en el supuesto contrario, la propiedad será del médico, no me parece del todo adecuado por excluir en cierto modo al paciente de algo que le afecta y mucho puesto que estamos hablando de su <<biografía sanitaria>><sup>300</sup>. Si permanece excluido de dicha titularidad podrían verse vulnerados o negados determinados derechos fundamentales suyos como el derecho a la protección de datos personales (que significa que el paciente tiene cierto control sobre los datos personales), sobre todo, en determinados supuestos como, por ejemplo, los historiales clínicos psiquiátricos que contienen infinidad de datos del paciente, desde sus antecedentes familiares, infancia, hasta el diagnóstico, evolución y tratamiento de su enfermedad. Por eso, como el historial médico incorpora datos de carácter personal, el paciente es titular de los derechos relacionados con este historial (ejerce control sobre estos datos personales en virtud de ese derecho de protección de datos).

En relación con lo último que se acaba de decir y por lo que respecta al ejercicio del derecho de autodeterminación informativa (*habeas data*) por parte del titular de los datos, cabe destacar, ya de inicio, que todas las normas en vigor consagran el derecho de acceso del paciente a la documentación de la historia clínica. Y, según el propio colectivo médico, si bien <<los centros sanitarios tienen el

---

<sup>299</sup>Acerca de la confidencialidad, véase MÉJICA GARCÍA, *Confidencialidad en la Información Sanitaria. Una Visión Jurídico-Legal*, comunicación presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 2005, [www.aeds.org](http://www.aeds.org).

<sup>300</sup>SEOANE RODRÍGUEZ, *¿A Quién Pertenece la Historia Clínica? Una Propuesta Armonizadora desde el Lenguaje de los Derechos*, [www.ajs.es](http://www.ajs.es) (2002).

deber de custodia de las historias clínicas, los pacientes mantienen en cualquier caso la titularidad de la información que contienen>><sup>301</sup>.

Por otra parte, son varias las normativas que reconocen la titularidad del derecho a la información asistencial del paciente. En efecto, la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los Derechos de Información concernientes a la Salud y la Autonomía del Paciente, y la Documentación Clínica, en su artículo 3, dispone que *el titular del derecho a la información es el paciente*. Así que no reconocer la titularidad del paciente iría en contra del espíritu de éste y otros artículos<sup>302</sup>.

De hecho, lo dicho tampoco se adecuaría a las disposiciones del Código de Deontología Médica (Guía de Ética Médica). De su articulado se deduce esta titularidad del paciente. En concreto, el art. 19.4 establece lo siguiente: *cuando un médico cesa en su trabajo privado, las historias clínicas se pondrán a disposición de los pacientes que lo soliciten para que éstos puedan aportarlas al médico al que encomienden su continuidad asistencial*. El paciente tiene este derecho al igual que puede solicitar del médico que proporcione sus datos a otros especialistas con el fin de completar el diagnóstico, tratamiento u obtener una segunda opinión. Esta facultad del paciente de disponer sobre el historial clínico nos lleva a defender que este mismo sujeto sea el titular de este historial.

---

<sup>301</sup>CENTRE D'ESTUDIS COL·LEGIATS. COL·LEGI OFICIAL DE METGES DE BARCELONA. *Història Clínica, Tecnologies de la Informació i Drets del Pacient en Quaderns de la Bona Praxi...*, op. cit., p. 10.

<sup>302</sup>Preámbulo de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, Reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes o el art. 9 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.

Como se puede apreciar tras la lectura de estos párrafos precedentes, carece de razón excluir al paciente de la titularidad del historial clínico. Lo adecuado sería o seguir las premisas de la teoría integradora (que opta por adjudicar la titularidad al médico, paciente y centro sanitario) o atribuirla sólo al paciente porque, en última *ratio*, el documento es lo que custodia el centro sanitario pero el interés se centra en las valoraciones y anotaciones presentes en este documento y relativas al paciente. Manifestar que la titularidad corresponde o al médico o al hospital es olvidarnos de que existe el paciente y de sus derechos. Desde otro enfoque, la finalidad de este historial clínico (garantizar la asistencia adecuada al paciente), igualmente, viene a reforzar lo expuesto sobre el papel protagonista de éste que no puede verse excluido. De lo dicho ahora se desprende una importante deducción: podría considerarse adecuada también la atribución de la titularidad al paciente y al médico. En efecto, del documento lo que verdaderamente interesa para probar algo en un proceso es su contenido que incluye, en particular, la historia sanitaria del paciente anotada mediante los conocimientos del facultativo. En otros términos, el historial clínico sería titularidad del paciente y del médico porque lo que interesa no es el documento como soporte (propiedad del hospital) sino lo argumentado en él<sup>303</sup>.

---

<sup>303</sup>Sorprende también lo siguiente, <<no hay que perder de vista que ese debate, desde la perspectiva del Juez que reclama la historia clínica, suele resultar habitualmente estéril>>, RODA GARCÍA (con GALÁN CORTÉS), Las Historias Clínicas y su Incorporación a los Expedientes Judiciales en *Actualidad del Derecho Sanitario*, número 33, 1997, op. cit., p. 599.

### **3.3 APORTACIÓN DEL HISTORIAL CLÍNICO: MECANISMOS DE LA LEC**

Una vez examinadas las cuestiones anteriores, se hace necesario constatar cuáles son los mecanismos de los que dispone una parte para aportar la historia clínica de la otra o de sí misma. Para empezar, creo conveniente referirme al art. 18 de la Ley 41/2002: *derechos de acceso a la historia clínica*. Pues bien, el paciente tiene derecho a acceder a su historial clínico y obtener una copia de los datos en él contenidos. A este respecto, existen una serie de reservas contempladas en el apartado tercero de este mismo artículo: *el derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas*.

De especial consideración es el último inciso del art. 18.1, *los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos*<sup>304</sup>.

El acceso a la historia clínica debe estar justificado y si este acceso es con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la LOPD y en

---

<sup>304</sup>Este art. 18 termina disponiendo: *Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros*.

la LGS, y demás normas de aplicación (art. 16.3 Ley 41/2002)<sup>305</sup>. Con todo el tratamiento de los datos de salud en la LOPD aparece agrupado en tres artículos: 7, 8 y 11<sup>306</sup>. Si bien algún autor, manifiesta que se trata de una regulación insuficiente para una cuestión de esta envergadura<sup>307</sup>.

Como consecuencia de los razonamientos expuestos con anterioridad, el primer mecanismo para la aportación de historiales clínicos es la solicitud del propio paciente al centro sanitario. Según

---

<sup>305</sup>Art. 16.3 Ley 41/2002: *El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso. Cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública. El acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos.*

<sup>306</sup>Art. 7.6 LOPD: *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.*

Art. 8 LOPD: *Sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad.*

Art. 11.2, f) LOPD: *El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.*

<sup>307</sup>RÍOS LÓPEZ, Aportación de Documentos en Supuestos Especiales, en AAVV, *La Prueba Documental...*, p. 384, nota a pie de página 628.

lo previsto en la Ley 41/2002, el paciente tiene derecho a acceder a su historial clínico y obtener una copia de los datos en él contenidos, con las reservas ya enumeradas (de una de estas reservas, las anotaciones subjetivas del médico, nos ocuparemos más adelante). Conforme a ello, el paciente gozará de un acceso al historial algo restringido, lo cual no me parece desacertado si se tiene en cuenta que de lo que se trata es de velar por la confidencialidad o intimidad de otros sujetos (terceras personas).

Por otra parte, de la redacción del art. 16.3 de la Ley 41/2002 se extrae lo siguiente: el acceso al historial clínico con  *fines judiciales*. De acuerdo con este precepto, el historial clínico podrá aportarse como medio probatorio. Ahora bien, encajados ya los mecanismos de aportación en el ámbito del proceso, parece seguro que surgirán diversas dificultades, merecedoras de una especial consideración a lo largo de este capítulo. La posible vulneración de derechos fundamentales o el secreto profesional médico son una buena muestra de esto último que se acaba de comentar.

La conducta a exhibir viene condicionada por un doble supuesto: caso de que sea el propio paciente el que insta la exhibición del historial a través de una copia del mismo o supuesto de requerimiento judicial de exhibición<sup>308</sup>.

En el primer supuesto, sucede que el paciente (o su representante legal debidamente acreditado en el caso de menores de edad o las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de

---

<sup>308</sup>Necesidad de motivación del requerimiento judicial de aportación del historial clínico: STC 3291/2005, fundamento jurídico sexto.

hecho, cuando éste haya fallecido<sup>309</sup>) pueden obtener una copia de los datos del historial, como ya se ha expuesto. En materia de derecho procesal, se contempla otra vía para acceder a los datos clínicos, la diligencia preliminar del art. 256.1.5 bis, *todo juicio podrá prepararse por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la Ley*. Dado que la LEC también prevé el mecanismo del aseguramiento de la prueba, es posible que pueda solicitarse una copia de los datos del historial médico a través de este cauce, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos y estudiados en otra parte de este trabajo.

En uno y otro caso se podría obtener una copia del referido historial. Precisamente en relación con lo anterior, en el capítulo relativo a la obtención preprocesal de documentos sostuve que si con las diligencias preliminares conseguimos acceder a la información no resulta absurdo obtener, en este momento preprocesal, una copia del documento. Asimismo, podría solicitarse una diligencia preliminar con el objeto de que se exhiba a la persona interesada el documento necesario y en el caso de que se pretenda obtener una copia del mencionado documento, con carácter simultáneo, cabría pedir la adopción de una medida de aseguramiento de la prueba, siempre y cuando se cumpliesen las exigencias del art. 298 LEC. Estas exigencias podrán darse, sobre todo, en el caso de historiales clínicos en formato electrónico (por los riesgos ya analizados).

---

<sup>309</sup>Con más detalle, CANTERO RIVAS, El Juez Civil ante la Investigación Biomédica/El Contenido de la Historia Clínica: Contenido mínimo y Reserva Profesional del Médico en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 10, 2004, pp. 331 y ss.

Si no se acreditan dichas exigencias, podría solicitarse una diligencia de exhibición para tomar conocimiento del historial y, de manera concurrente, obtener una copia certificada del mismo, haciendo innecesaria la posterior exhibición. Asimismo, no puede ignorarse que no siempre se permitirá la obtención de una copia a través de este cauce. Piénsese, en documentación bajo reserva o secreto, que afectase al derecho a la intimidad o que se tratase de un supuesto que no tuviera encaje directo en el art. 256 LEC.

En el segundo supuesto, cuando sea el tribunal el que requiera el historial, el planteamiento es distinto. Ante esta situación, el centro sanitario o el médico están obligados a su entrega, respetándose lo contenido en la LOPD. Así las cosas, el art. 11 (LOPD) dispone que *los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.*

A estas alturas del trabajo creo haber justificado suficientemente al lector que en la LEC hay determinados preceptos que son de aplicación en la cuestión que nos ocupa: 328, 330 y 332 LEC (exhibición documental entre partes, frente a terceros y

exhibición de documentos en poder de entidades oficiales). Pues bien, el juez o tribunal puede requerir a una parte, tercero o entidad oficial la exhibición de documentos (la exhibición, por ejemplo, de un historial clínico). Partiendo de las premisas ya sentadas a lo largo de las páginas anteriores, ahora nos centraremos en otra cuestión trascendental: si se debe aportar todo el historial clínico o sólo lo más relevante para la resolución del proceso.

Se opta por el principio de austeridad y mínima información, esto es, deberá proporcionarse lo absolutamente necesario para la causa. El juez delimitará, siguiendo criterios de pertinencia y utilidad, los puntos sobre los que debe versar la documentación clínica solicitada<sup>310</sup>. Hay que ser consciente de que en un historial clínico se manejan gran cantidad de datos cuya característica común, a diferencia de otros documentos, es que se refieren a la más absoluta intimidad de una persona. Por lo tanto, convengo con lo dicho y debería aplicarse lo mismo que para el caso de la exhibición de los libros de los comerciantes cuyo art. 327 LEC, como dice DE LA OLIVA SANTOS, dispone con <<designio prudente que de manera motivada, y con carácter excepcional, el tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados>><sup>311</sup>, evitando llevar la contabilidad entera. Ambas situaciones comparten cierta semejanza, de ahí que me parezcan adecuadas para la exhibición de historiales clínicos las disposiciones de la exhibición de los libros de los empresarios en el sentido de que el juez ha de determinar los

---

<sup>310</sup>RÍOS LÓPEZ, Aportación de Documentos en Supuestos Especiales, en AAVV, *La Prueba Documental...*, pp. 389-390.

<sup>311</sup>DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 375.

aspectos que deben ser investigados a efectos del proceso, es decir, lo que resulte relevante para la causa<sup>312</sup>.

Cabría aducir que el art. 329 LEC contempla los efectos de la negativa a exhibir. En el caso de los historiales clínicos dos son básicamente los problemas a destacar: la posible vulneración de derechos fundamentales y el secreto profesional médico. A continuación, se procederá al estudio de la negativa a exhibir la historia clínica.

### **3.3.1 DERECHOS FUNDAMENTALES Y NEGATIVA A EXHIBIR: SU INTERRELACIÓN**

Mención aparte merece el siguiente interrogante: ¿puede el centro médico negarse a exhibir el historial clínico con base en la posible vulneración de derechos fundamentales?

Ya se ha dicho antes que en el supuesto de la exhibición documental (entre partes y frente a terceros) pueden existir casos de negativa a exhibir perfectamente justificados (secreto, terminación del deber de conservación de documentos, etc.). Pues bien, debe trazarse, a continuación, una respuesta a la cuestión planteada inicialmente.

En la esfera de la relación médico-paciente son varios los derechos fundamentales que entran en juego. El derecho al honor, a

---

<sup>312</sup>MÉJICA GARCÍA, *Confidencialidad en la Información Sanitaria. Una Visión Jurídico-Legal...*, op. cit., p. 5.

la intimidad personal y familiar y a la propia imagen o el derecho de protección de datos personales son ejemplos de cuanto se está diciendo<sup>313</sup>. Y son varias las leyes reguladoras de estos derechos, empezando por la CE.

El art. 18 CE consagra el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, remitiéndose, en su último apartado, a la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal. Estos mismos derechos, como ya se advirtió, se encuentran desarrollados en la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Honor, de la Intimidad Personal y Familiar y de la Propia Imagen. Un precepto a destacar de esta última regulación es el 7.4 que reza así: *tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley (...), la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.*

En cuanto a la LOPD, su art. 7.3 dispone, al hilo de lo que se está tratando, que *los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado lo consienta expresamente.*

Y el abanico de artículos sobre este asunto lejos de terminar aquí, sigue, asimismo, con la normativa autonómica<sup>314</sup>.

---

<sup>313</sup>En este sentido, véase ORTIZ DURÁN, Aportación de Documentos en Supuestos Especiales, en AAVV, *La Prueba Documental...*, pp. 359-360.

<sup>314</sup>Art. 10.1 LGS: *Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad,*

Hasta aquí, y con estos ejemplos, puede deducirse un manifiesto respeto a la intimidad de una determinada persona por parte de las administraciones sanitarias.

Al margen de las consideraciones anteriores, debe aprovecharse la ocasión para situar, una vez más, en un primerísimo plano al deber de colaboración con los Tribunales del art. 118 CE.

Muestras del binomio intimidad-colaboración son las siguientes: del art. 7.4 de la LO 1/1982 se pasa al art. 8.1 que establece que *no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*. Del 7.3 de la LOPD se da traslado al art. 11.2 cuyo tenor literal es que *los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas*.

---

*sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.*

Art. 5.2 de la Ley catalana 21/2000: *Los centros sanitarios deben adoptar las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado 1, y a dicho efecto deben elaborar, en su caso, normas y procedimientos protocolizados para garantizar la legitimidad del acceso a los datos de los pacientes.*

Además del ya de sobra conocido art. 256.1.5 bis, *todo juicio podrá prepararse por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la Ley. O, el art. 16.3 de la Ley 41/2002 acerca de los usos de la historia clínica: el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.*

Se ha añadido un nuevo apartado a este art. 16.3, en virtud de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública: *Cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública. El acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta,*

*asimismo, a una obligación de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos.*

La falta de concordancia entre el derecho a la intimidad personal y el deber de colaboración con la justicia sale, nuevamente, a la palestra, colocando a los médicos en la encrucijada de un doble deber: el deber de velar por los datos de sus pacientes y el deber de colaborar con la justicia.

A propósito de todo ello, existen diferentes pronunciamientos doctrinales que serán objeto de análisis seguidamente.

Según algunos autores, como CASTELLANO ARROYO o GISBERT CALABUIG, los profesionales sanitarios pueden negarse a exhibir el historial clínico. Los motivos serían los siguientes: el juez no debe solicitar el historial porque ha de sustituirse por la prueba pericial médica (el juez aceptará la valoración efectuada por el perito médico)<sup>315</sup>. Igualmente, la documentación médica exhibida podría usarse en perjuicio de los intereses del paciente (con reclamaciones económicas de por medio) o no es lícito utilizar para fines procesales las revelaciones entre médico y paciente<sup>316</sup>. Antes de manifestarme a favor o en contra de dicha postura, hay que destacar el carácter tajante de esta interpretación. También puede decirse, al menos en principio, que los diversos pronunciamientos siempre pueden ser

---

<sup>315</sup>Para conocer más detalles de la prueba pericial médica, HERNÁNDEZ-MARTÍNEZ CAMPELLO (con SÁNCHEZ LEÓN), *La Prueba Pericial Médica*, Madrid, 2008, segunda y tercera parte.

<sup>316</sup>CASTELLANO ARROYO (con GISBERT CALABUIG -coord.-), *El Secreto Médico. Historia Clínica. Confidencialidad y otros Problemas Médico-Legales de la Documentación Clínica en Medicina Legal y Toxicología*, Barcelona, 2004, p. 107.

objeto de matizaciones, así que no convengo, de entrada, con afirmaciones tan contundentes.

En la misma línea, REQUEJO NAVEROS, que apela al consentimiento del paciente. Así es, el historial clínico no se pondrá a disposición judicial si no ha mediado consentimiento del paciente<sup>317</sup>.

Otros autores, como JÚDEZ, NICOLÁS o ZARCO, optan por la aportación de todo el historial, salvo que el juez decida prescindir de alguna parte del mismo<sup>318</sup>. De hecho, acudiendo a la realidad de la práctica médica, el facultativo se encuentra sometido al secreto profesional con una excepción manifiesta: requerimiento del juez.

Finalmente, y en relación con lo que se acaba de decir, hallamos la teoría, sostenida anteriormente, de que el juez ha de determinar los aspectos del historial que deben ser investigados a efectos del proceso, evitando una aportación genérica de toda la documentación clínica. Sobre ello me remito a lo expresado en párrafos precedentes y según lo cual, estaría de acuerdo, por la cierta similitud que comparten ambas situaciones, en aplicar lo dispuesto en el art. 327 LEC (exhibición de los libros de los comerciantes) para el caso al que me refiero en este capítulo.

---

<sup>317</sup>REQUEJO NAVEROS, El Secreto Profesional y el Secreto Profesional Médico: Concepto y Regulación Penal en *El Delito de Revelación de Secreto Médico y la Protección Penal de la Información Genética*, Madrid, 2006, p. 180.

<sup>318</sup>JÚDEZ, La Confidencialidad en la Práctica Clínica: Historia Clínica y Gestión de la Información, en AAVV, *Revista Medicina Clínica*, número 118 (1), 2002, p. 25.

Cuestión de mayor trascendencia, aunque conexas, es el supuesto de las anotaciones subjetivas del médico, examinado posteriormente.

Si es el propio paciente el que solicita el historial, es evidente que no tendrá sentido la negativa a exhibir del centro sanitario con base en la posible vulneración de derechos fundamentales. El art. 18 de la Ley 41/2002 lo deja claro, *el paciente tiene el derecho de acceso a la historia clínica y a obtener una copia de los datos que figuran en ella*. Con buena lógica, se entiende que si es el propio paciente el sujeto interesado en la exhibición ya presta su total consentimiento. Esta situación no presenta mayores inconvenientes.

Tratándose de la solicitud de exhibición que formula una parte a la contraria (por ejemplo, entidad aseguradora demandada que pretende demostrar la ocultación de una enfermedad por parte del demandante), debería mediar consentimiento del interesado y <<lo que en cualquier caso resulta inaceptable es la declaración de pertinencia de la íntegra aportación de la historia de forma indiscriminada y sin mayor especificación>><sup>319</sup>. Convengo con lo dicho puesto que estamos ante documentación de naturaleza confidencial y que forma parte de la esfera de la intimidad personal. Debe existir un cierto control sobre los flujos de información acerca de los datos de una persona. Así que, efectivamente, la aportación de la entera documentación clínica resultaría totalmente inadecuada.

---

<sup>319</sup>ORTIZ DURÁN, Aportación de Documentos en Supuestos Especiales, en AAVV, *La Prueba Documental...*, op. cit., p. 367.

Ahora bien, si no se produce el consentimiento de éste, ¿qué ocurre? A mi juicio, en este concreto caso, optaría por dirigir al tribunal exposición razonada (como ocurre con el art. 332 LEC) del porqué no se presta el consentimiento, decidiendo el tribunal si se considera una exposición justificada o, por el contrario, carece de justificación<sup>320</sup>.

Si se presta consentimiento y se señalan específicamente los aspectos de la documentación clínica, se procederá a la exhibición. Si no se presta consentimiento pero la exposición dirigida al tribunal carece de justificación, también se procederá a la exhibición.

En cambio, si no se presta consentimiento y la exposición resulta justificada, no se aportará el historial. No está de más apuntar que el historial médico puede convertirse en una prueba irrefutable por la clarividencia de sus revelaciones. Y vistas estas cuestiones, si no se exhibe injustificadamente el historial clínico se aplicarán los criterios de desplazamiento de la carga de la prueba al médico que <<se halla en mejor posición en relación con las fuentes de prueba (...)>><sup>321</sup>.

---

<sup>320</sup>ORTIZ DURÁN, Aportación de Documentos en Supuestos Especiales, en AAVV, *La Prueba Documental...*, op. cit., p. 367.

<sup>321</sup>GUTIÉRREZ BARRENENGOA (con MONJE BALMASEDA), La Diligencia Preliminar de Petición de la Historia Clínica en *Los Avances del Derecho ante los Avances de la Medicina*, Pamplona, 2008, op. cit., p. 747.

### **3.3.2 EL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO Y SU INCIDENCIA EN LA APORTACIÓN DE HISTORIALES CLÍNICOS**

Con carácter previo al examen del alcance del secreto profesional médico y su relación con una posible negativa a la aportación del historial clínico, es imposible escapar de la necesidad de ofrecer una definición de secreto profesional que nos sirva como primera aproximación a esta cuestión.

¿A qué se está refiriendo entonces el término *secreto profesional médico*? Procediendo de forma intuitiva resulta sencillo llegar a saber aquello que pretende expresar, como algo que tiene que ver con la confidencialidad en las relaciones médico-paciente. En puridad, *el secreto comporta para el médico la obligación de mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado y confiado, lo que haya visto y deducido como consecuencia de su trabajo y tenga relación con la salud y la intimidad del paciente, incluyendo el contenido de la historia clínica* (art. 27 del Código de Deontología Médica). Por eso, el mismo artículo añade que *el médico preservará en su ámbito social, laboral y familiar, la confidencialidad de los pacientes*.

Si se presta atención al contenido del secreto profesional médico se pueden incluir los siguientes aspectos: naturaleza de la enfermedad, circunstancias que concurran en ésta y todo lo que el facultativo haya oído, visto con ocasión del ejercicio de sus funciones.

La obligación legal de secreto profesional afecta no sólo a la figura del médico sino también a otros sujetos como, por ejemplo, a los abogados. En este sentido, la CE, en su art. 20, regula el derecho a

la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. Cabe hacer una mención a otro precepto de la CE, el art. 24 que dispone que *la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

Nuevamente, existen, en las leyes, diversas manifestaciones de secreto profesional. En términos generales, la LEC, en su art. 371, contempla los casos de testigos con deber de guardar secreto por su estado o profesión. O, el art. 10.3 de la LGS que establece la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público<sup>322</sup>.

Debe ponerse de manifiesto, en cualquier caso, que se puede hablar tanto de secreto médico absoluto como de secreto médico relativo. Resulta evidente que el secreto médico absoluto hace referencia a aquellos casos en que se reconoce un deber de confidencialidad sin reservas. Según se ha dicho en varias ocasiones, existe un conflicto entre el deber de colaborar con la justicia y la naturaleza reservada de determinados datos. De ahí, precisamente, nace el concepto de secreto médico relativo que es, a su vez, por el que opta nuestro ordenamiento jurídico para encontrar el tan deseado equilibrio entre la intimidad del paciente y la colaboración con la

---

<sup>322</sup>Más manifestaciones serían el art. 7 de la Ley 41/2002 que dispone lo que sigue: *Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.* O, el art. 16.6 del mismo texto legal: *El personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto.*

Administración de Justicia<sup>323</sup>. Este secreto médico relativo ya se intuía en el Juramento de Hipócrates con la acotación << (...) y que no deba alguna vez ser revelado (...)>><sup>324</sup>.

Convengo con lo expuesto ya que siguiendo la premisa inicial de que el médico está sujeto al secreto profesional con la excepción del requerimiento judicial, lo expresado responde perfectamente a ello.

Lo anterior aparece contemplado, asimismo, en el Código de Deontología Médica, no dejando lugar a dudas de la respuesta a si el médico puede negarse a la aportación del historial con base en el secreto profesional. Y es que el secreto profesional debe ser la regla, no obstante, el médico podrá revelar el secreto exclusivamente, ante quien tenga que hacerlo, en sus justos límites, con el asesoramiento del Colegio si lo precisara, en los siguientes casos: *por imperativo legal (...), ante el requerimiento en un proceso judicial por presunto delito, que precise de la aportación del historial médico del paciente, el médico dará a conocer al juez que éticamente está obligado a guardar el secreto profesional y procurará aportar exclusivamente los datos necesarios y ajustados al caso concreto* (art. 30). En definitiva, es lo mismo que decíamos en páginas anteriores, se evitará una aportación indiscriminada de toda la documentación clínica.

Los argumentos anteriores se ven reforzados si se tiene en cuenta el factor de la medicina en equipo. Nos referimos a cuando en

---

<sup>323</sup>CASTELLANO ARROYO (con GISBERT CALABUIG -coord.-), *El Secreto Médico. Historia Clínica. Confidencialidad y otros Problemas Médico-Legales de la Documentación Clínica...*, p. 94.

<sup>324</sup>Ibíd., p. 94.

el proceso asistencial del paciente se reúnen médicos, enfermeros, auxiliares de enfermería, celadores, médicos internos residentes (MIR), etc. En estos casos, la confidencialidad de datos es entre varias personas, no rigiendo el secreto absoluto de un solo individuo. Se habla de un secreto difuminado<sup>325</sup>. A pesar de ello, la revelación de datos se produce entre personas de un mismo sector profesional (profesionales de la salud). Sin embargo, las nuevas tecnologías también han influido en esta revelación de datos y ahora, a raíz de la informatización de la sociedad, los datos relativos a la salud de una persona pueden ser conocidos por otros profesionales de otros ámbitos, especialmente, informáticos<sup>326</sup>. Éstos tendrán el cometido, siempre que sea necesario, de solucionar aspectos relacionados con el acceso a la documentación clínica informática.

En mi opinión, se trata, efectivamente, de un secreto médico relativo de acuerdo con todas las interpretaciones realizadas. Incluso, puede hablarse de un secreto difuminado por las apreciaciones del párrafo precedente. Estas consideraciones son, a mi juicio, más que suficientes para entender que el médico no puede negarse al requerimiento judicial de aportación o exhibición del historial clínico aludiendo al deber de secreto profesional.

---

<sup>325</sup>ORTIZ DURÁN, Aportación de Documentos en Supuestos Especiales, en AAVV, *La Prueba Documental...*, p. 373.

<sup>326</sup><<Existe un evidente peligro para la intimidad personal en el tratamiento informático de las historias clínicas. El riesgo de difusión de los secretos profesionales nace de las posibilidades gigantescas abiertas a los grupos hospitalarios, a la Seguridad Social y a los poderes públicos para ordenar el conjunto de los resultados de exámenes médicos y de la evolución del estado de la salud de cada individuo en un programa, en orden a constituir bancos de datos>>, DE LORENZO SÁNCHEZ, ¿De Quién son Propiedad las Historias Clínicas? en *Deontología, Derecho, Medicina*, Madrid, 1977, op. cit., p. 510.

Finalmente, y para dar por concluida esta cuestión, sólo resta por tratar lo siguiente: los supuestos especiales de secreto médico. Es habitual, además de la regla general, encontrarnos con casos especiales que requieren de un particular estudio. Aquí no iba a ser menos. Así pues, contamos con supuestos singulares como los siguientes: médicos de aseguradoras, certificados médicos, secreto médico en el seno del trabajo, del matrimonio y de la convivencia<sup>327</sup>.

Es preciso aclarar, en primer lugar, que una compañía aseguradora puede conocer los datos de salud relativos a uno de sus clientes. Se trata de una nueva muestra de este secreto médico relativo o, mejor dicho, difuminado.

Y no es la única porque también pueden expedirse certificados médicos que darán a conocer algunos (no todos) de los detalles de la salud de un determinado sujeto. O la puesta en conocimiento a los trabajadores de una empresa o al otro cónyuge o persona que viva en el mismo domicilio de una situación de riesgo de contagio de enfermedad (se intentará mantener al máximo la confidencialidad pero si razones imperiosas así lo aconsejan podrían darse a conocer ciertos datos). Lo mismo en el supuesto de que existiese un riesgo para la salud pública.

La conclusión vuelve a ser que el secreto profesional médico es relativo y que, en determinados casos, puede ser revelado, incluso, más allá de la perspectiva judicial.

---

<sup>327</sup>CASTELLANO ARROYO (con GISBERT CALABUIG -coord.-), *El Secreto Médico. Historia Clínica. Confidencialidad y otros Problemas Médico-Legales de la Documentación Clínica...*, pp. 101-102.

### 3.4 LA ESPECIALIDAD DE LAS ANOTACIONES SUBJETIVAS DEL HISTORIAL CLÍNICO

El presente epígrafe se propone analizar las particularidades de las impresiones subjetivas anotadas por el médico en el historial clínico. Hasta la fecha, se han cuestionado seriamente diferentes aspectos de estas anotaciones subjetivas y todavía siguen quedando dudas por despejar.

Siguiendo el tenor literal del art. 18 de la Ley 41/2002, *el derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas*. No debe extrañar al lector, pues, que siguiendo el orden de este trabajo se empiece por señalar qué se entiende por *anotación subjetiva*.

En lo que se refiere a la noción de anotaciones subjetivas, se pueden aportar varias definiciones: en primer lugar, son <<anotaciones que recogen impresiones del profesional no apoyadas en datos objetivos que carecen de trascendencia para el conocimiento veraz y actual del estado de salud del paciente>>. En segundo lugar, son <<las impresiones personales del médico sobre actitudes del paciente que no han sido contrastadas de una manera objetiva>><sup>328</sup>.

---

<sup>328</sup>DE LORENZO APARICI, que a su vez cita a ALMAGRO NOSETE y CANTERO, *Las Anotaciones Subjetivas de la Historia Clínica*, comunicación presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 2005, [www.aeds.org](http://www.aeds.org).

En tercer lugar, <<son impresiones personales del médico, fruto de su labor deductiva, sobre el enfermo o su entorno, de carácter inicial en el *iter* de la relación asistencial y que han de poseer trascendencia clínica; son, por tanto, juicios de valor que no tiene por qué conocer el paciente>><sup>329</sup>.

A mi juicio, se trata de comentarios o recordatorios personales del médico en relación con su paciente pero no se puede concluir que carezcan de trascendencia. En mi opinión, no son anotaciones irrelevantes puesto que pueden influir en el proceso asistencial del paciente (para completar el diagnóstico o tratamiento adecuado). Así las cosas, estas anotaciones personales pueden tener importancia en el desarrollo de la historia clínica. Otro interesante aspecto (o problema) que arrostran estas definiciones es el carácter reservado de estas impresiones.

Hay que hacer alguna matización en relación con algunas de estas definiciones porque creo que, como el resto de datos contenidos en un historial clínico, presentan una importancia considerable digna de tener en cuenta en el proceso asistencial del paciente. Tomando de nuevo como ejemplo el caso de los historiales clínicos psiquiátricos se detectan más razonamientos a favor de la trascendencia de estas anotaciones. En este tipo de historiales suele ser frecuente que el médico escriba gran cantidad de datos sobre el comportamiento, actitud y demás aspectos de interés del paciente. Estas anotaciones subjetivas encuentran su fundamento en el conocimiento e intuición del médico y es básico recalcar su importancia y la posibilidad de ser

---

<sup>329</sup>PELAYO PARDOS, Aspectos Jurídicos relacionados con la Historia Clínica en *Derecho Médico, Tratado de Derecho Sanitario*, Madrid, 2001, op. cit., p. 779.

conocidas puesto que, como el resto de documentación clínica, son fruto del trabajo científico e intelectual del facultativo.

Por otra parte, también debemos preguntarnos quién está facultado para eliminar estas anotaciones subjetivas: si el propio médico o un órgano superior especializado. Para empezar, no creo que resulte del todo adecuado suprimir dichas anotaciones dado que proporcionan datos de valor en el historial clínico. Por su importancia, piénsese en notas apuntadas durante una sesión con un paciente de psiquiatría, optaría no por borrarlas sino por modificarlas, seguramente no estarán redactadas en lenguaje científico, y entregarlas.

Además, como ya se ha visto, un médico puede cesar en su trabajo privado y verse sustituido por otro. Pues bien, a este otro médico le pueden ser de gran utilidad las anotaciones hechas por su compañero en el historial clínico con el fin de completar el diagnóstico, tratamiento u obtener toda la información necesaria acerca del paciente. En definitiva, opino que es preferible mantener estas anotaciones (con los cambios oportunos para ser consideradas éticamente correctas).

Lo que se da por supuesto, por otro lado, es que estas anotaciones serán revisadas, con el objeto de saber lo que hay que modificar o suprimir por considerarse innecesario, no por el médico sino por el centro sanitario que atribuirá la competencia a un órgano especializado<sup>330</sup>. Porque si se optará por atribuir al médico dicha

---

<sup>330</sup>RÍOS LÓPEZ, Aportación de Documentos en Supuestos Especiales, en AAVV, *La Prueba Documental...*, p. 394.

competencia, sería una actitud algo arriesgada (véase el supuesto de que el médico quiera evitar ciertas responsabilidades). Y esta conclusión también es acertada para el supuesto de los historiales clínicos en formato electrónico en los que el riesgo es todavía mayor por las características del soporte y el avance de las nuevas tecnologías que facilitan técnicas para una manipulación por parte del médico que, por ejemplo, sabe que va a ser demandado.

Resumiendo, creo que las anotaciones subjetivas son importantes para conocer el estado de salud del paciente y su posterior evolución; deben ser revisadas no por el facultativo sino por un órgano especializado para evitar situaciones de riesgo y, una vez revisadas, borrar únicamente lo irrelevante y lo demás modificarlo en el lenguaje ético adecuado.

A las reglas anteriores, por otra parte, cabe añadir lo siguiente: se podría entender que el médico (o médicos) que han participado en la elaboración del historial no han de exhibir de manera automática el mismo. Aun siendo cierto que se pueden suprimir los comentarios más irrelevantes, creo que la regla general debería ser que el paciente conociese estas anotaciones puesto que se refieren a cuestiones relacionadas con su estado de salud y de importancia, como se ha visto, para su posterior evolución.

Además de esto, y sobre todo, sucede que en esta cuestión <<ha de procurarse la conciliación del derecho del paciente a la disponibilidad de la documentación contenida en la historia clínica

con el respeto por la intimidad del personal sanitario>><sup>331</sup>. Pienso, en definitiva, que estas anotaciones serán revisadas por un órgano especializado. E, incluso, el médico puede poner en conocimiento del órgano que efectúa la revisión que hay aspectos de las anotaciones que pueden afectar a su intimidad, resolviendo dicho órgano lo que estime oportuno. Procediendo de este modo se logra cumplir con las necesidades de la conciliación planteada y, si se articula correctamente, no se corre el riesgo de vulnerar ni el derecho del paciente a acceder a su historial clínico y demás datos relacionados con él (anotaciones subjetivas) ni el derecho a la intimidad del médico. De manera especial deberemos, próximamente, analizar más aspectos de la “reserva” de las anotaciones subjetivas.

No menos trascendencia cabe atribuir a otro interrogante como es la forma de encajar estas anotaciones subjetivas dentro de la historia clínica. De lo que no hay duda es que se integran en el historial pero deberían constar por separado, especificando de lo que se trata y así conseguir una estructura coherente de la documentación clínica.

Dilucidados así varios problemas de las anotaciones subjetivas, queda aún por determinar el derecho de reserva del profesional sanitario.

A favor del derecho de reserva aparecen los siguientes argumentos:

---

<sup>331</sup>ROMEO CASABONA (con CASTELLANO ARROYO), La Intimidad del Paciente desde la perspectiva del Secreto Médico y del Acceso a la Historia Clínica en *Derecho y Salud*, Vol. 1, número 1, 1993, op. cit., p. 16.

El médico no puede verse condicionado a la hora de elaborar el historial. En consecuencia, si sabe que el paciente va acceder al historial el facultativo puede ver limitados sus movimientos y la calidad del historial puede verse reducida. Este argumento se conoce con el término de la *doble contabilidad*<sup>332</sup>.

Para una mayor protección de los intereses del paciente es preferible este derecho de reserva (el paciente no goza de los conocimientos necesarios acerca de la terminología médica) al igual que para evitar la eventual autoinculpación << a que se vería abocado el sanitario que dejase en manos del paciente el medio de prueba de una eventual responsabilidad del médico, del centro o de la institución (...) >><sup>333</sup>.

El historial y las anotaciones subjetivas son fruto de la creación científica del médico, de ahí el derecho de reserva de estas anotaciones. Por otro lado, se alude a la intimidad del profesional sanitario y al secreto profesional médico como otros argumentos favorables a este derecho de reserva.

A mi juicio, creo que las anotaciones subjetivas deberían exhibirse o aportarse. Para empezar, algunos de los argumentos ahora aducidos no cuentan con un tratamiento doctrinal suficiente<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup>HERNANDO ROBLES (con SEOANE RODRÍGUEZ y DE ASÍS), La Reserva de las Anotaciones Subjetivas: ¿Derecho o Privilegio? en *Revista Calidad Asistencial*, 2006, 21 (1), p. 34. O, FERNÁNDEZ HIERRO, Régimen Jurídico General de la Historia Clínica, en FERNÁNDEZ HIERRO (coord.), *La Historia Clínica*, Granada, 2002, p. 125.

<sup>333</sup>HERNANDO ROBLES (con SEOANE RODRÍGUEZ y DE ASÍS), La Reserva de las Anotaciones Subjetivas: ¿Derecho o Privilegio?..., op. cit., p. 34.

<sup>334</sup>Ibíd., p. 35.

El paciente tiene derecho a conocer estas anotaciones y, por lo tanto, hay que exhibirlas porque de la Ley 41/2002 se desprende el respeto a la autonomía y disponibilidad del paciente en relación con su información sanitaria. Si se analizan detenidamente los preceptos previstos en la Ley 41/2002 en los que se contempla la situación que nos ocupa, se puede comprobar que el legislador otorga al paciente capacidad de decisión. El art. 9.1 dispone que *cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención*. Por lo demás, los datos recogidos en las anotaciones subjetivas tienen en cuenta aspectos de interés para el estado de salud y posterior tratamiento evolutivo del paciente y, en ningún caso, se refieren a otros elementos de la esfera más personal del médico (creencias personales o religiosas)<sup>335</sup>. Y no es difícil advertir que el médico hace estas anotaciones y cumplimenta el historial clínico con el objeto de cumplir con la relación contractual que tiene con el paciente. Con toda evidencia, el paciente puede exigir con base en esta relación contractual que se le exhiban las anotaciones subjetivas.

La solución, si el paciente quiere que se le exhiba toda la documentación clínica, sería la apuntada: estas anotaciones serán revisadas por un órgano creado a tal efecto y, tal y como he señalado, una vez revisadas, borrar únicamente lo irrelevante y lo demás modificarlo en el lenguaje adecuado y exhibirlo al paciente que lo solicite. E, incluso, el médico puede poner en conocimiento del órgano que efectúa la revisión que hay aspectos de las anotaciones

---

<sup>335</sup>RÍOS LÓPEZ, Aportación de Documentos en Supuestos Especiales, en AAVV, *La Prueba Documental...*, pp. 398-399.

que pueden afectar a su intimidad, resolviendo dicho órgano lo que estime oportuno. Este órgano podría ser también un Comité de Ética Asistencial, el cual sirve, en los hospitales y centros de atención primaria, para dirimir conflictos entre el equipo médico y el paciente y formado por varios profesionales (además de médicos y enfermeros, pueden tener cabida en el mismo un abogado o, incluso, un sacerdote). El hecho de que esté formado por variedad de perfiles profesionales garantiza la emisión de un correcto informe que no suponga la vulneración de un doble derecho: el de la intimidad del médico y el del acceso a la historia clínica por parte del paciente.

En suma, se podrán exhibir las anotaciones subjetivas con dos salvedades expresas: que se trate de algún aspecto que pueda afectar a la intimidad del sanitario (y así será indicado) o el supuesto del art. 5.4 de la Ley 41/2002, *el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por estado de necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias de la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho*<sup>336</sup>. Y en este último caso se habla de una obligación de reserva más que de un derecho.

---

<sup>336</sup>Sobre el derecho a la información sanitaria de los pacientes, veáanse las siguientes sentencias: STS 5985/2008, fundamento jurídico primero, STS 6119/2007, fundamento jurídico primero y segundo, STS 3816/2006, fundamento jurídico tercero, STS 2049/2004, fundamento jurídico cuarto, STS 4911/2002, fundamento jurídico sexto y STS 2450/1999, fundamento jurídico cuarto.

### **3.5 DERECHO, MEDICINA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: EL HISTORIAL CLÍNICO ELECTRÓNICO**

Es evidente, como ya venimos apuntando a lo largo de todo este trabajo, que la evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) tiene también notables repercusiones en el campo sanitario. Cada vez es más frecuente hablar del historial clínico electrónico. Si bien existe <<una convivencia compartida de historiales clínicos en formato papel con historiales clínicos en formato electrónico>><sup>337</sup>.

Así, en los casos de historiales clínicos digitales se puede hablar de proteger mejor la información, de una mayor capacidad de reacción ante requerimientos legales y de una óptima recuperación de datos<sup>338</sup>. Las principales ventajas de la historia clínica en formato electrónico en relación con la historia clínica convencional son la facilidad de acceso simultáneo y remoto, la seguridad y confidencialidad y la oportunidad de procesado de los datos<sup>339</sup>.

No obstante, las regulaciones que aparecen en el ámbito del derecho sanitario destacan medidas de protección tanto para los historiales médicos en papel como en formato electrónico. No hay más que ver, en este sentido, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de

---

<sup>337</sup>PINEDO GARCÍA, La Historia Clínica como Medio Probatorio de la Vulneración del Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal y Autonomía del Paciente en *La Prueba Judicial. Desafíos en las Jurisdicciones Civil, Penal, Laboral y Contencioso-Administrativa...*, op. cit., p. 987.

<sup>338</sup>Para conocer más detalles de la historia clínica electrónica, vid., RIVAS FLORES (con NAVALÓN CEBRIÁN), Historia Clínica Electrónica: Normativa y Algoritmo de Acceso en *Los Avances del Derecho...*, pp. 749 y ss.

<sup>339</sup>CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, La Historia Clínica Informatizada en *La Implantación de los Derechos del Paciente*, Pamplona, 2004, pp. 277 y ss.

diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD y, de manera singular, las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal (aplicables a ficheros electrónicos y documentos en papel) u otros artículos destacados en otros epígrafes de este capítulo como el art. 14 de la Ley 41/2002 que dispone que *cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten (...)*.

Este sistema de seguridad del RD 1720/2007, que destaca por la complejidad de su funcionamiento, constituye otro indicador de los logros electrónicos que se han llevado a cabo en nuestro país y de los que hablaremos al referirnos al *electronic discovery* y, además, guarda cierta semejanza con este procedimiento americano. De conformidad con lo dispuesto en el art. 97 del RD 1720/2007, *deberá establecerse un sistema de registro de entrada de soportes que permita, directa o indirectamente, conocer el tipo de documento o soporte, la fecha y hora, el emisor, el número de documentos o soportes incluidos en el envío, el tipo de información que contienen, la forma de envío y la persona responsable de la recepción que deberá estar debidamente autorizada. Igualmente se dispondrá de un sistema de registro de salida de soportes (...)*. Comoquiera que el objetivo del *e-discovery* es proporcionar herramientas para que la gestión de la conservación implique además la gestión de la extracción de la información, en este caso concreto del art. 97, se pueden encontrar atisbos de semejanza con lo que se dirá acerca del *electronic discovery*.

Otros puntos en común con el *e-discovery* son las fases de identificación y autenticación que prevé el RD 1720/2007. En general, puede hablarse de etapas parecidas a las recogidas por el organigrama de referencia del *Electronic Discovery Reference Model*.

Sin embargo, en el campo sanitario todavía sigue quedando un largo camino por recorrer (como en otros ámbitos) antes de la entera adaptación a las exigencias que marca la evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC).

Como habrá adivinado el lector por alguna de las manifestaciones hechas con anterioridad, las medidas de seguridad que contempla este Real Decreto presentan una cierta complejidad, además, de dividirse en distintos niveles: básico, medio y alto. El grado de complejidad viene determinado por los controles, gestión y custodia de soportes.

Suele decirse que <<un conocimiento mínimo, o aproximado, por parte de los ciudadanos de dichas obligaciones en materia de seguridad determinará la posibilidad de poder reunir las pruebas o, cuando menos, los indicios probatorios necesarios para acreditar quién ha dispuesto de forma ilegítima de su información clínica (...)>><sup>340</sup>. Ahora bien, el problema podría recaer, precisamente, en la extremada sofisticación de estos sistemas que no permite un conocimiento ni siquiera aproximado sino es a un personal técnicamente preparado al efecto. Y esta falta de conocimiento puede

---

<sup>340</sup>PINEDO GARCÍA, La Historia Clínica como Medio Probatorio de la Vulneración del Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal y Autonomía del Paciente en *La Prueba Judicial. Desafíos en las Jurisdicciones Civil, Penal, Laboral y Contencioso-Administrativa...*, op. cit., pp. 987-988.

suponer importantes obstáculos. Dificultades análogas aparecen con el *electronic discovery*, si bien éste puede tratarse de un proceso con fases mejor delimitadas. Y no debemos olvidarnos de la necesidad de disponer de los sistemas adecuados para materializar estas medidas de seguridad.

Más inconvenientes al respecto. El art. 93 del RD 1720/2007 dispone la ya mencionada fase de identificación y autenticación a través de un mecanismo que establecerá el responsable del fichero o tratamiento y que permitirá la identificación de forma inequívoca y personalizada de todo usuario que intente acceder al sistema de información y la verificación de que está autorizado. El sistema de acceso es mediante usuario-contraseña y de cada acceso se guardarán una serie de actos que permitan garantizar un control de la situación. Pues bien, la identificación de usuario-contraseña puede generar algún que otro problema: la persona que se haya beneficiado de información de manera ilegítima puede alegar que otra persona, desde su ordenador o empleando sus claves, se ha hecho pasar por ella para obtener esta información ilegítima. Por eso, me parece que debería perfilarse este sistema de manera más simple y en cuanto a la utilización de usuario-contraseña podrían emplearse los juegos de caracteres que combinasen letras, números y signos especiales y que tuviese una longitud determinada (8 o más caracteres) y así conseguir una clave segura. Igualmente, podría incluirse un programa de caducidad de la misma que obligase a renovar el *password* cada cierto tiempo.

En un plano general, por tanto, debe ponerse de manifiesto la naturaleza compleja de las medidas de seguridad de gestión y

conservación de soportes y la necesidad de modificar determinados aspectos como los señalados. Finalmente, deben tenerse en cuenta varios extremos:

En primer lugar, que el *e-discovery* puede no resultarnos tan desconocido como de entrada puede creerse puesto que en nuestro país se están llevando a cabo técnicas similares en diferentes ámbitos y en el propio proceso.

En segundo lugar y a pesar de lo dicho, lo cierto es que debemos ser conscientes que la progresión, en nuestro país, es lenta y estamos lejos todavía de las directrices que marca el *e-discovery*, las cuales nos pueden servir de referencia para implantar algo similar y que tenga encaje directo en nuestro sistema. Ya lo veremos con más detalle.

En tercer lugar, los efectos derivados de la coexistencia de los historiales clínicos en papel y en soporte electrónico: las medidas de seguridad para un caso u otro, la forma de suprimir las anotaciones subjetivas del médico en cada supuesto, la exigencia de un documento de seguridad por parte del centro sanitario en ambos casos o la incorporación al proceso a través, por ejemplo, de una diligencia preliminar o de una medida de aseguramiento de la prueba, adquiriendo esta última, en el supuesto de los historiales clínicos electrónicos, un significado especial por todo lo que se dijo en los apartados correspondientes.

En líneas generales, el documento de seguridad (art. 88 RD 1720/2007) recogerá *las medidas de índole técnica y organizativa acordadas*

*a la normativa de seguridad vigente que será de obligado cumplimiento para el personal con acceso a los sistemas de información*<sup>341</sup>. La normativa viene a decir con ello que el documento de seguridad es un

---

<sup>341</sup>Este mismo artículo establece lo siguiente: *El documento de seguridad podrá ser único y comprensivo de todos los ficheros o tratamientos, o bien individualizado para cada fichero o tratamiento. También podrán elaborarse distintos documentos de seguridad agrupando ficheros o tratamientos según el sistema de tratamiento utilizado para su organización, o bien atendiendo a criterios organizativos del responsable. En todo caso, tendrá el carácter de documento interno de la organización. El documento deberá contener, como mínimo, los siguientes aspectos:*

- a) Ámbito de aplicación del documento con especificación detallada de los recursos protegidos.*
  - b) Medidas, normas, procedimientos de actuación, reglas y estándares encaminados a garantizar el nivel de seguridad exigido en este reglamento.*
  - c) Funciones y obligaciones del personal en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal incluidos en los ficheros.*
  - d) Estructura de los ficheros con datos de carácter personal y descripción de los sistemas de información que los tratan.*
  - e) Procedimiento de notificación, gestión y respuesta ante las incidencias.*
  - f) Los procedimientos de realización de copias de respaldo y de recuperación de los datos en los ficheros o tratamientos automatizados.*
  - g) Las medidas que sea necesario adoptar para el transporte de soportes y documentos, así como para la destrucción de los documentos y soportes, o en su caso, la reutilización de estos últimos.*
- En caso de que fueran de aplicación a los ficheros las medidas de seguridad de nivel medio o las medidas de seguridad de nivel alto, previstas en este título, el documento de seguridad deberá contener además:*

- a) La identificación del responsable o responsables de seguridad.*
- b) Los controles periódicos que se deban realizar para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el propio documento.*

*Cuando exista un tratamiento de datos por cuenta de terceros, el documento de seguridad deberá contener la identificación de los ficheros o tratamientos que se traten en concepto de encargado con referencia expresa al contrato o documento que regule las condiciones del encargo, así como de la identificación del responsable y del período de vigencia del encargo. En aquellos casos en los que datos personales de un fichero o tratamiento se incorporen y traten de modo exclusivo en los sistemas del encargado, el responsable deberá anotarlo en su documento de seguridad. Cuando tal circunstancia afectase a parte o a la totalidad de los ficheros o tratamientos del responsable, podrá delegarse en el encargado la llevanza del documento de seguridad, salvo en lo relativo a aquellos datos contenidos en recursos propios. Este hecho se indicará de modo expreso en el contrato celebrado al amparo del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, con especificación de los ficheros o tratamientos afectados. En tal caso, se atenderá al documento de seguridad del encargado al efecto del cumplimiento de lo dispuesto por este reglamento. El documento de seguridad deberá mantenerse en todo momento actualizado y será revisado siempre que se produzcan cambios relevantes en el sistema de información, en el sistema de tratamiento empleado, en su organización, en el contenido de la información incluida en los ficheros o tratamientos o, en su caso, como consecuencia de los controles periódicos realizados. En todo caso, se entenderá que un cambio es relevante cuando pueda repercutir en el cumplimiento de las medidas de seguridad implantadas. El contenido del documento de seguridad deberá adecuarse, en todo momento, a las disposiciones vigentes en materia de seguridad de los datos de carácter personal.*

instrumento básico para saber si se han producido intromisiones ilegítimas. Y para una efectiva utilización del mismo resulta imprescindible que el personal sanitario cumpla con las directrices en él exigidas. De lo contrario, no servirá de nada a efectos probatorios.

## **CAPÍTULO V**

# **LA EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y DE LOS DATOS DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES**

### **1. LA EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA**

#### **1.1 PRECISIONES INTRODUCTORIAS**

Tras la exigencia de escritura que se remonta a la época de la Edad Media, a finales del siglo XIX irrumpía el teléfono, a mediados del siglo pasado aparecía el televisor y ya en el actual siglo (XXI) se consolida Internet y el uso de las telecomunicaciones. En efecto, como hemos tenido ocasión de ir exponiendo en páginas precedentes, el avance de las TIC (que engloban telefonía, televisión e informática) es imparable. Al abordar todo el estudio de la exhibición documental, viene siendo habitual la referencia a los soportes informáticos. De ahí que, ciñéndonos a la metodología de este trabajo, me parezca conveniente dedicar un capítulo a la *exhibición de la prueba electrónica*.

Por el momento, nuestro examen se ha referido a la vulnerabilidad y aseguramiento de la prueba informática y al análisis general de la modernización y adaptación de nuestra sociedad a las nuevas tecnologías. A partir de ahora, se determinarán otros aspectos de interés de la prueba electrónica como su aportación o las distintas

pruebas de esta naturaleza y los diferentes rasgos característicos de las mismas.

Entre los medios de prueba convencionales no aparece la prueba electrónica. Ahora bien, los artículos 382 a 384 LEC se ocupan de la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso. Como elemento característico de esta regulación es que <<el legislador ha excluido de la prueba documental a la prueba electrónica y ha introducido, como prueba autónoma y sin precedentes, la prueba “por medios e instrumentos” (arts. 299.2 y 382 a 384 LEC)>><sup>342</sup>. También se puede hablar de otra normativa (más allá de la LEC) de la que nos ocuparemos próximamente.

Para concluir ya con las cuestiones generales, debemos sólo insistir en las novedades que ha supuesto para el derecho la aparición de nuevas fuentes de prueba como el correo electrónico o una página Web. Al hilo de estas novedades, cabe preguntarse por la conceptualización del documento electrónico, por una posible nueva configuración de la tradicional prueba documental y por la exhibición de esta prueba electrónica. Veamos todos estos aspectos en los siguientes epígrafes.

## **1.2 EL CONCEPTO DE “DOCUMENTO ELECTRÓNICO”**

La noción tradicional del término *documento* se refiere a la plasmación de un pensamiento o declaración de voluntad mediante

---

<sup>342</sup>ABEL LLUCH, Prueba Electrónica..., op. cit., p. 24.

signos escritos, dejando fuera de la misma todo lo que no fuesen escritos (una fotografía, un mapa o un dibujo, por ejemplo)<sup>343</sup>. Esta exigencia de escritura, como ya se ha advertido, se remonta a la época de la Edad Media puesto que para dar fe de los múltiples contratos que se celebraban lo idóneo era disponer de pruebas por escrito<sup>344</sup>.

En el siglo XIX interpretar qué se entendía por documento planteaba poquísimas dudas porque el papel y los signos escritos eran la principal forma de introducir un pensamiento. Pero con la llegada de nuevas técnicas representativas de hechos (dibujos, planos, fotografías) y, más aún, con la irrupción de las nuevas tecnologías (CD-ROM, DvD), el tratamiento de esta cuestión ha cambiado<sup>345</sup>.

Siguiendo con lo expuesto, al término documento, por lo tanto, pueden adherirse determinados elementos no escritos. De este parecer eran varios autores de la doctrina, entre ellos SERRA DOMÍNGUEZ<sup>346</sup> o RAMOS MÉNDEZ<sup>347</sup>, que vieron con agrado como otros instrumentos, que no eran signos escritos, se consideraban documentos, y no un posible objeto de otras pruebas tales como la pericial o el reconocimiento judicial.

Asimismo, una amplia corriente jurisprudencial se pronuncia sobre esta cuestión. La STS número 293/1994, de 24 de marzo (RJ

---

<sup>343</sup>GÓMEZ ORBANEJA (con HERCE QUEMADA), *Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Madrid, 1979, p. 339; PRIETO-CASTRO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Madrid, 1959, p. 308.

<sup>344</sup>TARUFFO, *La Prueba...*, p. 75.

<sup>345</sup>En este sentido, véase MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil...*, pp. 288 y ss.

<sup>346</sup>SERRA DOMÍNGUEZ, *La Prueba Documental en Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil...*, p. 236.

<sup>347</sup>RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Barcelona, 2008, p. 743.

1994/2175), en su fundamento jurídico segundo, habla de la definición de *documento* desde una doble perspectiva: a) como sinónimo de escrito mediante el cual se plasma una idea, pensamiento o convención y b) un concepto más amplio de documento relacionado ya con cintas de película o de vídeo o discos<sup>348</sup>.

En la actualidad, nos encontramos inmersos en plena era de las nuevas tecnologías, lo que ha significado el paso del clásico papel al uso del soporte informático. A nivel de derecho comparado, ocurre algo muy parecido. La doctrina científica italiana, en la actualidad, describe al *documento in generale* como todo objeto material idóneo para representar o dar conocimiento de un hecho. Por esta actitud, los documentos se convierten en uno de los medios de prueba más eficaces y seguros<sup>349</sup>. Anteriormente también se había trazado, con gran precisión, el perfil *dil documento*<sup>350</sup>. La digitalización de la Administración de Justicia ha llegado, como a otros muchos países de la UE, a Italia. Es significativa, en este sentido, la Ley 80/2005 (ratificada por el Decreto Legislativo 35/2005, de 14 de marzo) por la que se modifican varios preceptos del *Codice di Procedura Civile*, con el objetivo de permitir notificaciones por correo electrónico o por otro medio telemático como es el fax o, más recientemente, la Ley de

---

<sup>348</sup>Del mismo parecer son las STS de 24 de febrero de 1956 (RJ 1956/1117), de 5 de julio de 1984 (RJ 1984/4121), la STC número 190/1992 de 16 de noviembre (RTC 1992/190) y la número 128/1988, de 27 de junio (RTC 1988/128).

<sup>349</sup>MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, Volumen II, Il Processo di Cognizione, Torino, 2006, p. 207.

<sup>350</sup>CANDIAN, Documento e Documentazione en *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, pp. 579 y ss.; GUIDI, *Teoria Giuridica del Documento*, Milano, 1950, o, DENTI, *La Verificazione delle Prove Documentali*, Torino, 1957.

Como breve apunte y a efectos de mera comparación, en el proceso penal se define *documento* como aquella representación de un contenido probatorio incorporado en una base, CALAMANDREI, I., *La Prova Documentale*, Padova, 1995, op. cit., p. 10. En igual dirección, CANTONE que manifiesta que el documento es cualquier representación en escrito o en otro soporte de hechos, personas o cosas, *La Prova Documentale*, Milano, 2004, op. cit., p. 9.

Estabilidad 2012, de 12 de noviembre (número 183/2011) que incluye una serie de disposiciones sobre el uso del correo electrónico en el proceso civil<sup>351</sup>.

La doctrina alemana, también, parte de unos parámetros casi idénticos<sup>352</sup>. Y, en la actualidad, el concepto *elektronische dokumente* acapara buena parte de la atención<sup>353</sup>.

Volviendo a nuestro país, han sido numerosos los esfuerzos por parte de la doctrina y de la jurisprudencia para ofrecer un concepto de “documento electrónico”.

DE URBANO CASTRILLO opina que se trata de un concepto amplio en el que tiene cabida cualquier documento que se haya confeccionado a través de técnicas informáticas<sup>354</sup>.

---

<sup>351</sup>De interés, en este sentido, es destacar el *Decreto del Presidente Della Republica de 13 de febrero de 2001, número 123, Regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel proceso amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali Della Corte dei Conti* (Reglamento sobre el uso de instrumentos informáticos y telemáticos en el proceso civil, en el proceso administrativo y en el proceso ante el Tribunal de Cuentas) o el Decreto de 21 de febrero de 2011, número 44 (Reglamento concerniente a la regla técnica para la adopción en el proceso civil y en el proceso penal, de la tecnología de la información y de la comunicación, en aplicación del principio previsto por el Decreto Legislativo de 7 de marzo de 2005, número 82, y sucesivas modificaciones, en virtud del artículo 4, coma 1 y 2, del Decreto Ley de 29 de diciembre de 2009, número 193, convertido en Ley de 22 de febrero de 2010 número 24).

<sup>352</sup>DÖHRING, *Die Erperschung des Sachverhalts im Prozess Beweiserhebung und Beweiswürdigung*, Traducción de Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1986, pp. 276-277.

<sup>353</sup>RÜBMANN, *Electronic Documents. Security and Authenticity. Elektronische Dokumente. Sicherheit und Echtheit (Authentizität)* en *Electronic Justice-Present and Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law Pécs, September 23-25)*, 2010, pp. 98 y ss. Y MANIOTIS, *Über die Beweiskraft der Elektronischen Dokumente* en *Electronic Justice-Present and Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law Pécs, September 23-25)*, 2010, pp. 107 y ss.

<sup>354</sup>DE URBANO CASTRILLO, *La Valoración de la Prueba Electrónica*, Valencia, 2009, p. 48.

Según otros, como INSA MÉRIDA, LÁZARO HERRERO y GARCÍA GONZÁLEZ, es <<aquella información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho>><sup>355</sup>.

MORENO NAVARRETE opta por la denominación de documento multimedia<sup>356</sup>. Al igual que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 18 de noviembre de 2009 (JUR 2010/77692), fundamento jurídico segundo, que equipare documento multimedia a documento electrónico.

A nivel legislativo, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, en su art. 3, define el documento electrónico como *aquella información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado*.

Nos encontramos, pues, ante una definición que puede contener múltiples elementos, desde el soporte informático hasta el óptico o auditivo pasando por las técnicas multimedia.

El documento tradicional y el documento electrónico comparten ciertas notas características (finalidad, movilidad o

---

<sup>355</sup>INSA MÉRIDA, LÁZARO HERRERO y GARCÍA GONZÁLEZ, Pruebas Electrónicas ante los Tribunales en la Lucha contra la Cibercriminalidad. Un Proyecto Europeo en *Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, mayo-agosto, 2008, op. cit., p. 139.

<sup>356</sup>MORENO NAVARRETE, *La Prueba Documental. Estudio Histórico-Jurídico y Dogmático*, Madrid, 2001, p. 25. O, NIEVA FENOLL, *Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 2009, p. 314.

fácilmente falsificables, sobre todo, el documento informático). Pero, al mismo tiempo, también existen diferencias entre ambos:

El documento electrónico precisa de un dispositivo técnico para poder ser conocido<sup>357</sup>. Y su contenido puede ser diverso, incluyendo sonidos.

La garantía de autenticidad del documento electrónico es la firma electrónica frente a la firma manuscrita del documento tradicional<sup>358</sup>.

Otra de las diferencias se refiere a la originalidad del documento electrónico. Se ha afirmado, en varias ocasiones, que el documento electrónico no es original puesto que <<cuando se une a un soporte duradero lo es a través de una copia>><sup>359</sup>. El soporte informático se convierte en el original y su impresión en la copia<sup>360</sup>.

No cabe olvidar otra cuestión de gran importancia: la introducción del documento en soporte electrónico dentro de las disposiciones que regulan la prueba documental porque un correo electrónico o el contenido de una determinada Web son

---

<sup>357</sup>En este sentido, SANCHIS CRESPO, *La Prueba por Medios Audiovisuales e Instrumentos de Archivo en la LEC 1/2000...*, p. 52.

<sup>358</sup>Para conocer los diferentes aspectos de la firma electrónica, véase ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Firma Electrónica y Valor Probatorio ante las reformas proyectadas de la LSSI y en el borrador de APLFE en Revista de Contratación Electrónica*, 30, 2002, pp. 83 y ss. O, del mismo autor, *La Firma Electrónica: Aspectos Probatorios en Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2001, pp. 175 y ss.

<sup>359</sup>MORENO NAVARRETE, *Derecho-e Derecho del Comercio Electrónico*, Madrid, 2002, op. cit., p. 166.

<sup>360</sup>La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2), de 25 de enero de 2008 (JUR 2008/235221), en su fundamento jurídico quinto establece que <<la prueba documental consistente en copia privada obtenida de documento electrónico (*e-mails*): se distingue entre el original –que se encuentra en el registro informático- y la copia –obtenida a través de la impresora e incorporada a las actuaciones en soporte papel->>.

perfectamente encuadrables en la categoría de documento. Como primera aproximación, no debemos perder de vista la confusión que existe acerca de la equiparación de los documentos tradicionales con los soportes informáticos. Por poner un ejemplo, el art. 3 (apartado octavo) de la Ley de Firma Electrónica establece que *el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio*<sup>361</sup>. Una cuestión que aquí dejamos apuntada y que a lo largo del capítulo retomaremos.

### **1.3 LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA: LEC Y DEMÁS NORMAS DE APLICACIÓN**

#### **1.3.1 BREVE EXCURSUS: CLASES DE PRUEBA ELECTRÓNICA**

Con carácter previo al examen de la situación normativa sobre la materia en nuestro ordenamiento, resulta imposible escapar de la tentación de ofrecer al lector una breve sinopsis sobre la tipología de la prueba electrónica.

Y es que no solamente podemos hablar del correo electrónico o de una página Web. Hay más supuestos que encajan perfectamente en

---

<sup>361</sup><<Pese a las semejanzas con la prueba documental ahora referidas, la LEC no ha asimilado los medios e instrumentos al documento, sino que ha creado un medio probatorio autónomo y diferente. El legislador, sin embargo, ha introducido mediante ciertas leyes especiales una considerable confusión al equiparar los soportes informáticos y los documentos en sentido tradicional y disponiendo que los primeros hayan de ser introducidos en el proceso mediante el cauce de la prueba documental>>, ORMAZABAL SÁNCHEZ, La Prueba mediante Soportes Informáticos y Medios Audiovisuales, en PEGUERA POCH (coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, 2010, op. cit., p. 687.

el concepto de prueba electrónica: un mensaje de telefonía móvil, el fax o la fotografía digital, entre otros.

Si se quiere ofrecer una precisión terminológica de cada uno de ellos, cabe afirmar que el correo electrónico es un servicio de red que permite el envío y recepción de mensajes y archivos adjuntos entre distintos usuarios<sup>362</sup>.

El conocido *sms* se refiere a un sistema de mensajes de texto para teléfonos móviles<sup>363</sup>. El fax, por su parte, se constituye como un dispositivo capaz de transmitir a distancia por línea telefónica escritos o gráficos<sup>364</sup>. La fotografía digital hace referencia a la capacidad de obtener imágenes a través de un sensor electrónico que permite la digitalización y almacenamiento de las imágenes en una memoria<sup>365</sup>. O los contenidos empleados en *Facebook* que actúa como cualquier otra página Web, es decir, su principal característica son los hipervínculos<sup>366</sup>.

---

<sup>362</sup>Para conocer más detalles al respecto, véase BELLIDO ASPAS, La Utilización del Correo Electrónico como motivo de Despido Laboral en *Empresa y Prueba Informática...*, pp. 87 y ss. Y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de marzo de 2001 (AS 2001/1733).

<sup>363</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1), de 23 de noviembre de 2002 (JUR 2003/66627). Y Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3), de 21 de febrero de 2002 (JUR 2002/136257).

<sup>364</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4), de 27 de febrero de 1995 (AC 1995/871).

<sup>365</sup>STS de 12 de junio de 1999.

<sup>366</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2), de 27 de junio de 2006 (JUR 2007/41135).

### 1.3.2 LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

Para empezar, la prueba electrónica hace referencia a lo regulado en el art. 299.2 LEC: *los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.* Como señalábamos anteriormente, este art. 299.2 LEC se completa con las disposiciones contenidas en los arts. 382 a 384 LEC sobre *instrumentos de filmación, grabación y semejantes e instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso*<sup>367</sup>.

---

<sup>367</sup>Art. 382 LEC: *Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido. El tribunal valorará las reproducciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo según las reglas de la sana crítica.*

Art. 383 LEC: *De los actos que se realicen en aplicación del artículo anterior se levantará la oportuna acta, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas.*

*El tribunal podrá acordar mediante providencia que se realice una transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, siempre que sea de relevancia para el caso, la cual se unirá al acta. El material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el Secretario judicial, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufra alteraciones.*

Art. 384 LEC: *Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga. Será de aplicación a los instrumentos previstos en el apartado anterior lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 382. La documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Secretario Judicial, que, en su caso, adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias. El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza.*

Vaya por delante que esta regulación presenta algunas lagunas de las que me ocuparé más adelante.

Un tema recurrente en la doctrina y en la jurisprudencia es la distinción entre medios y fuentes de prueba. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13), de 2 de mayo (La Ley 113346/2007), en su fundamento jurídico tercero, dispone que los medios de reproducción y archivo de imágenes, sonidos y datos no son nuevos medios de prueba sino nuevas fuentes de prueba. En el ámbito de la doctrina procesalista, se hace la siguiente precisión entre ambas categorías: el medio de prueba es un término que significa el instrumento o actividad que permite, a su vez, la incorporación en el proceso de fuentes de prueba<sup>368</sup>.

Acotada la situación normativa de la LEC al respecto, me parece adecuado ver algunas de las normativas extraprocesales aplicables en esta concreta materia.

Adviértase que no se trata de hacer un estudio exhaustivo de todas ellas porque el objeto de nuestro trabajo es otro. Cabe destacar la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del Sistema Informático de Telecomunicaciones *Lexnet* para la presentación de escritos y

---

<sup>368</sup>MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil...*, p. 150.

documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos. Sin olvidarnos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica o la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

Como puede comprobarse se trata de una abundante regulación de carácter extraprocesal con un ámbito objetivo bastante parecido en muchos casos. La Ley 59/2003 regula la eficacia jurídica de la firma electrónica y la prestación de servicios de certificación. Por su parte, la Ley 34/2002 hace lo propio con los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica. Y la Ley 25/2007 que tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación.

Así las cosas, el legislador, en los arts. 382 a 384 LEC, ha pecado en parquedad y éste puede ser uno de los motivos de la existencia de un número considerable de leyes más allá de la LEC. Es cierto que una regulación detallada podría quedar en desuso por la rápida evolución de estos medios e instrumentos<sup>369</sup>. Sin embargo, nótese que la LEC ofrece dudas relevantes, sobre todo, acerca de la naturaleza de la prueba electrónica. No debe sorprender al lector, por lo tanto, que nos ocupemos de este interrogante a continuación.

---

<sup>369</sup>En este sentido, SANCHIS CRESPO, *La Prueba por Soportes Informáticos...*, p. 163.

## 1.4 APORTACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

### 1.4.1 NATURALEZA DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA: ¿EQUIVALENTE A LA PRUEBA DOCUMENTAL?

La naturaleza jurídica de la prueba electrónica plantea particulares problemas. Pueden encontrarse hasta tres teorías distintas para explicar esta naturaleza<sup>370</sup>:

*Teoría autónoma.* Esta primera teoría sostiene que la prueba electrónica es independiente de la prueba documental, viéndose justificada, de este modo, la regulación de los arts. 382 a 384 LEC. Se alude a las diferencias entre el clásico documento y lo que regulan dichos preceptos, sobre todo, la exigencia práctica de reproducción de lo gravado o de los datos del dispositivo informático que serán examinados por el tribunal.

*Teoría analógica*<sup>371</sup>. Esta segunda tesis prefiere defender la correspondencia entre prueba documental y prueba electrónica. Es indudable que lo anterior presupone la sustitución del tradicional papel por el soporte electrónico y la aplicación a la prueba electrónica de varias de las disposiciones de la prueba documental, entre ellas, las relativas a la exhibición documental de los arts. 328 y siguientes de la LEC.

---

<sup>370</sup>Se siguen las teorías de ILLÁN FERNÁNDEZ, *La Prueba Electrónica, Eficacia y Valoración en el Proceso Civil. Nueva Oficina Judicial, Comunicaciones Telemáticas (Lexnet) y el Expediente Judicial Electrónico. Análisis Comparado Legislativo y Jurisprudencial*, Navarra, 2009, pp. 252 y ss.

<sup>371</sup>SSTS de 12 de junio de 1999, fundamento jurídico séptimo y de 30 de noviembre de 1992, fundamento jurídico primero.

*Teoría de la equivalencia funcional*<sup>372</sup>. Esta tercera teoría opta por establecer a ambas clases de documentos los mismos efectos jurídicos, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos: 1) que sea un documento inteligible y se pueda conservar y recuperar; 2) que pueda traducirse a un lenguaje común; 3) que pueda atribuirse su autoría a un determinado sujeto; 4) que se trate de un documento auténtico, y 5) que el documento en cuestión se corresponda con el de la otra parte<sup>373</sup>.

La LEC se mueve entre la teoría autónoma (arts. 382 a 384) y la teoría analógica (*la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales*, Exposición de Motivos de la LEC).

Vamos a examinar nuestra opinión al respecto. A simple vista, y según lo que sucede en la práctica, puede hablarse de documento cualquiera que sea su soporte físico. A partir de ahí, sin embargo, hay que constatar otros argumentos porque una cosa es la mera terminología y otra muy distinta es su absoluta equiparación.

Tradicionalmente, el objeto en el que estaban incorporados los signos escritos era un papel, una tela, un trozo de madera u otros de carácter análogo.

---

<sup>372</sup>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 28 de enero de 2000 (AS 2000/146), fundamento jurídico primero.

<sup>373</sup>ILLÁN FERNÁNDEZ, *La Prueba Electrónica, Eficacia y Valoración en el Proceso Civil...*, pp. 381-382.

El soporte para convertirse en materia probatoria documental debe tratarse de una cosa mueble y fácilmente trasladable a presencia judicial. El soporte, en general, debe cumplir con otras exigencias: 1) que la información en él contenida pueda ser reproducida o copiada y 2) que la realización de copias para las partes quede garantizada a través de instrumentos asequibles<sup>374</sup>.

En la actualidad, el papel ha quedado relegado a un segundo plano y ahora los que ostentan el protagonismo son los CD's, el lápiz de memoria (*pen drive*), los discos extraíbles o el propio disco duro de ordenador.

En este sentido, la LEC ha arrojado luz sobre esta cuestión al establecer un nuevo medio de prueba relativo a los instrumentos, antes mencionados, de almacenamiento y reproducción de datos, cifras, imágenes y sonidos. En el caso de la LECA, por su parte, la existencia de estos instrumentos se veía como una cuestión abstracta<sup>375</sup>.

El soporte para ser objeto de prueba documental se refiere también a una cosa mueble y fácilmente ubicable en cualquier sitio. Un CD, un disco externo son perfectamente movibles. Y el disco duro de un ordenador, por su parte, es algo más complejo de trasladar pero a través de otros medios puede ser igualmente llevable a cualquier lugar (copias mediante un *pen* o impresiones de sus datos).

---

<sup>374</sup>Véase, en este sentido, ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, pp. 22-24.

<sup>375</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, La Prueba mediante Documento Electrónico digitalmente firmado en *Actualidad Civil*, número 8, 1999, pp. 223 y ss.

Por otro lado, estamos ante instrumentos sofisticados que permiten una mayor representación de hechos que es, por otra parte, el principal pretexto de un documento objeto de prueba documental. Se considera que el legislador del siglo XIX ya estaba pensando en medios que posibilitaran una mayor precisión de los hechos pero que en aquel período para ello sólo aparecía la escritura en papel<sup>376</sup>.

De igual modo, el soporte informático tiene una superior capacidad de almacenamiento que un simple papel y eso equivale a una mejor representación de los hechos e información contenida en él. Sin embargo, también ha sido objeto de numerosas críticas, sobre todo y como ya hemos visto, en atención a su posible manipulación. No obstante, goza del mismo carácter de prueba irrefutable que el documento tradicional.

Igualmente, ha quedado manifiesto con el art. 333 LEC que pueden presentarse como prueba documental documentos no escritos. Si se aceptan dibujos, mapas, fotografías, que no son propiamente escritos, en muchos de los documentos en soporte informático sí que aparecen signos escritos pudiendo formar parte de la prueba documental. Y el art. 24.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico dispone que *el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental*<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup>PICÓ JUNOY, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, Barcelona, 1996, p. 182.

<sup>377</sup>Art. 24.1 de la Ley 34/2002: *La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.*

Por otra parte, un documento puede ser cualquier cosa procedente del comportamiento humano y susceptible de ser percibido con la vista o el tacto y que sirva de prueba representativa de un determinado hecho<sup>378</sup>.

Entendemos por tanto que existe bastante confusión en torno a la equiparación entre documento y documento en soporte electrónico. Hay como una especie de tendencia <<documentista>>, <<el legislador parece suponer que la consideración de dichos soportes como documentos constituye una fuente de ventajas probatorias favorecedoras de su uso procesal (...)>><sup>379</sup>.

En este orden de ideas, siguen quedando pendientes todavía algunas dudas de suma importancia, en la LEC y en las leyes especiales<sup>380</sup>, sobre la equiparación entre el documento tradicional y los soportes informáticos.

A nada que se recuerde el art. 327 LEC, se comprobará como en el caso de los libros de los comerciantes se hace referencia a la presentación de estos libros o de su soporte informático.

Es cierto que la LEC parte de una situación de confusión y no esclarece del todo la cuestión. Así, en los arts. 265<sup>381</sup>, 269<sup>382</sup>, 270<sup>383</sup> o

---

<sup>378</sup>DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, Buenos Aires, 2002, p. 486.

<sup>379</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba mediante Soportes Informáticos y Medios Audiovisuales...*, op. cit., pp. 687-688.

<sup>380</sup>Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en concreto, en la Sección relativa a la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva.

<sup>381</sup>Art. 265.1 LEC: *A toda demanda o contestación habrán de acompañarse: los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden. Los medios e instrumentos a*

299.2, se produce una diferenciación entre documentos y medios e instrumentos. Y en el art. 812 del mismo texto legal, por el contrario, se establece la acreditación de la deuda mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren. Vistas así las cosas, queda clara la perplejidad en que se ve envuelta la LEC (y otras leyes) en este asunto.

Y en la propia jurisprudencia hallamos más argumentos que sustentan esta considerable confusión. En este estado de cosas, la STS de 19 de abril de 1991, en su fundamento jurídico cuarto, establece que el concepto documento no puede referirse exclusivamente al papel por escrito. En igual sentido se pronuncia la STS de 3 de noviembre de 1997, fundamento jurídico décimo. La STS de 2 de diciembre de 2000, en su fundamento jurídico segundo, establece que <<el documento no es solo el escrito plasmado en papel según el criterio tradicional, sino también todo aquello que se le puede asimilar, por ejemplo, un disquete, un documento de

---

*que se refiere el apartado 2 del artículo 299, si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes (...).*

<sup>382</sup>Art. 269 LEC: *Cuando con la demanda, la contestación o, en su caso, en la audiencia previa al juicio, no se presentara alguno de los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes que, según los preceptos de esta Ley, han de aportarse en esos momentos o no se designara el lugar en que el documento se encuentre, si no se dispusiese de él, no podrá ya la parte presentar el documento posteriormente, ni solicitar que se traiga a los autos, excepto en los casos previstos en el artículo siguiente.*

<sup>383</sup>Art. 270.1 LEC: *El tribunal después de la demanda y la contestación, o, cuando proceda, de la audiencia previa al juicio, sólo admitirá al actor o al demandado los documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto cuando se hallen en alguno de los casos siguientes: Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales. Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia. No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del artículo 265, o en su caso, el anuncio al que se refiere el número 4 del apartado primero del artículo 265 de la presente Ley.*

ordenador, un vídeo, una película, etc. >>. Y la STS de 4 de noviembre de 2009, fundamento jurídico segundo, dispone que <<el soporte papel ha sido superado por las nuevas tecnologías de la documentación y de la información. Cualquier sistema que permita elaborar ideas, declaraciones, informes o datos susceptibles de ser reproducidos en su momento, suple con ventajas al tradicional documento escrito, siempre que existan instrumentos técnicos que permitan acreditar la habilidad y seguridad de los impresos en soporte magnético>>.

En este punto, y a la hora de establecer una solución, lo más útil es partir de la clasificación de los diversos tipos de documentos, y que nos permite distinguir entre públicos y privados (y libros de los comerciantes) y de los artículos 382 a 384 que configuran un nuevo medio de prueba.

Con el escenario configurado así, <<con independencia de que se considere acertado o no atribuir la categoría de documento a los soportes informáticos en cuanto a su tratamiento probatorio, parece difícil encontrar una razón plausible que justifique calificar como documento los soportes informáticos electrónicamente firmados o aquellos que incorporan contratos celebrados en redes informáticas, como hacen los preceptos antes mencionados (3.8 LFE y 24.2 LSSI), y en cambio catalogar como instrumentos del art. 384 LEC el resto de soportes electrónicos>><sup>384</sup>.

---

<sup>384</sup>La cursiva es nuestra. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba mediante Soportes Informáticos y Medios Audiovisuales...*, op. cit., p. 688.

Faltaría añadir, de nuevo, las semejanzas y diferencias entre la prueba documental y la prueba por soportes informáticos. No puede negarse la existencia de importantes similitudes entre ambos medios de prueba que hacen que puedan aplicarse por analogía a los soportes informáticos varias de las disposiciones de la prueba documental: el momento de aportación procesal, las medidas de aseguramiento de la prueba o la exhibición documental. De ahí podría explicarse que en algún momento de este estudio se haya optado por equiparar documento tradicional y soporte informático (sobre todo, terminológicamente), la tendencia <<documentista>> y el hecho de que algunas leyes o alguna corriente jurisprudencial equipare el documento tradicional a un disquete o documento de ordenador. Sin embargo, no hay que olvidarse que la LEC configura esta prueba como un medio nuevo y autónomo<sup>385</sup>. Además, la tecnología (en comparación con el documento tradicional) no deja de avanzar y las distintas regulaciones deberán adaptarse a los diferentes cambios tecnológicos. Así las cosas, disponer de una regulación autónoma sobre esta materia puede contribuir a una mejor adaptación a dichos cambios.

Como particularidades (diferencias), por otro lado, cabe determinar lo siguiente y ya analizado: el documento electrónico

---

<sup>385</sup><<Es de notar, por lo demás, que si se dispone de un soporte electrónico, éste se puede aportar al proceso sin ninguna necesidad de considerarlo prueba documental, porque se trata de un medio de prueba distinto, expresamente previsto en el apartado 2 del artículo 299 LEC: <<instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras, etc.>>, DE LA OLIVA SANTOS, Consideraciones Procesales sobre Documentos Electrónicos y Firma Electrónica en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, op. cit., p. 120.

precisa de un dispositivo técnico para poder ser conocido<sup>386</sup>. Y su contenido puede ser diverso, incluyendo sonidos.

Otra de las especificidades se refiere a la originalidad del documento electrónico. Se ha afirmado, en varias ocasiones, que el documento electrónico no es original puesto que <<cuando se une a un soporte duradero lo es a través de una copia>><sup>387</sup>. El soporte informático se convierte en el original y su impresión en la copia. Lo anterior puede generar algunas matizaciones, examinadas más adelante.

De lo dicho en párrafos anteriores se desprenden una serie de conclusiones: a) la importante similitud entre la prueba documental y la prueba por instrumentos o soportes; b) el recurso a la analogía (como bien señala la Exposición de Motivos de la LEC); c) unas disposiciones comunes sobre el momento de aportación procesal o exhibición documental; d) cabe tener presente una serie de matizaciones en relación con algunas de las diferencias entre el documento tradicional y el electrónico (habrá ocasión de comprobarlo seguidamente), y e) la creación de un nuevo medio de prueba, los soportes informáticos.

---

<sup>386</sup>En este sentido, SANCHIS CRESPO, *La Prueba por Medios Audiovisuales e Instrumentos de Archivo en la LEC 1/2000...*, p. 52.

<sup>387</sup>MORENO NAVARRETE, *Derecho-e Derecho del Comercio Electrónico...*, op. cit., p. 166.

#### 1.4.2 EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

Como hemos dicho, ante el problema del acceso al documento por parte de quien pretende introducirlo en el proceso, el Derecho incide en la regulación de los arts. 328 y siguientes de la LEC. Si atendemos a la literalidad de estos preceptos, cabe observar que el legislador ha guardado silencio sobre la exhibición de la prueba electrónica.

Si bien, por cuanto se ha dicho, no es difícil adivinar que podrá acudirse a la analogía y aplicar estos mismos preceptos para el supuesto de la prueba electrónica (remitiéndonos a lo dicho en el capítulo correspondiente). Y es que, <<el uso de la analogía para completar o integrar el régimen legal de estos medios resulta completamente abonado>><sup>388</sup>. Ahora bien, que se pueda acudir a la analogía no significa necesariamente que no se produzcan diferencias entre ambas clases de documentos o determinadas dificultades<sup>389</sup>.

Así, cuando los datos aparecen en un disco duro de ordenador o en un lápiz de memoria, ¿qué ocurre ante esta situación? Lo más adecuado sería facilitar una copia de este disco duro o trasladar su contenido a otro dispositivo informático, siempre que la parte solicitante accediese a ello. Otra solución pasaría por trasladar toda la información a un documento en soporte papel<sup>390</sup>.

---

<sup>388</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos...*, op. cit., p. 171.

<sup>389</sup>Sobre ello, véase DE LA OLIVA SANTOS (con GASCÓN INCHAUSTI), Ley de Enjuiciamiento Civil: Respuestas a 100 Cuestiones Polémicas en *Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Madrid, 2002, pp. 287-288.

<sup>390</sup>ABEL LLUCH, *Prueba Electrónica...*, p. 131.

Nótese como esta última afirmación genera otras cuestiones dignas de nuestra atención. En efecto, ¿quién se ocupará de los gastos de trasladar toda la información que, en algunos casos, puede ser más que abundante?

Como ya se dirá, en el proceso americano existen provisiones de fondos cuando el *discovery* por su complejidad así lo requiere.

Diremos también que, en nuestro ordenamiento, no cabe duda de que resultaría muy conveniente establecer algún tipo de provisión de fondos para ciertos supuestos en los que la exhibición documental puede entrañar elevados costes económicos. De hecho, en Italia, si la exhibición conlleva gastos, los mismos han de ser anticipados por la parte que ha solicitado la exhibición<sup>391</sup>.

En el mismo sentido, podría aplicarse por analogía el art. 342.3 LEC que dispone lo siguiente: *el perito designado podrá solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento, la provisión de fondos que considere necesaria, que será a cuenta de la liquidación final. El Secretario judicial, mediante decreto, decidirá sobre la provisión solicitada y ordenará a la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad fijada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Tribunal, en el plazo de cinco*

---

<sup>391</sup>De los arts. 210 a 213 del *Codice di Procedura Civile*, se pueden extraer las siguientes consideraciones en relación a la exhibición de documentos en Italia: el presupuesto de la orden de exhibición: a instancia de parte. Las consecuencias de la proposición o falta de proposición. La excepción al principio de disponibilidad de parte de la exhibición la protagoniza la exhibición del libro o de la escritura de comercio (art. 2711 *Codice Civile*, el juez puede ordenar de oficio la exhibición de libros de contabilidad), la noción, presupuestos y límites del art. 213 así como la eficacia probatoria de la información de la Administración Pública, estando los certificados provenientes de entidad pública asistidos de presunción de legitimidad, CARPI (con TARUFFO), *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 2006, op. cit., pp. 210 y ss.

*días. Transcurrido dicho plazo, si no se hubiere depositado la cantidad establecida, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación. Cuando el perito designado lo hubiese sido de común acuerdo, y uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere, el Secretario judicial ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen, o de recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.*

Facilitar una copia de un disco duro o trasladar su contenido a otro dispositivo informático, siempre que la parte solicitante accediese a ello, presenta otra dificultad: el formato de un determinado fichero (jpg, doc, pdf,...). Los medios informáticos de los tribunales seguramente podrán reconocer los formatos más usuales pero ¿qué ocurre, por ejemplo, con un fichero *odt*? Estamos ante un formato menos habitual y lo cierto es que no siempre en las dependencias judiciales se hallarán dispositivos capaces de reconocer cualquier tipo de fichero. En algunos casos, por lo tanto, habrán de emplearse ordenadores que no son del propio juzgado y para garantizar la autenticidad de los ficheros podrían apuntarse como soluciones las siguientes: de nuevo, la protocolización notarial del soporte original o redactar en acta las diferentes etapas hasta llegar al documento<sup>392</sup>.

Por otra parte, hay que hacer alguna matización en relación con uno de los presupuestos del art. 328 LEC: *la aportación de copia*

---

<sup>392</sup>En este punto, quiero agradecer a José María Anguiano (Garrigues Abogados) el haber compartido conmigo sus puntos de vista sobre esta cuestión.

*simple a la solicitud de exhibición.* Con el documento tradicional, la frontera entre original y copia queda bien delimitada. Con la prueba electrónica, no ocurre lo mismo. Si bien, para una mayor comodidad en la exhibición, la copia de un correo electrónico, de una página Web, etc., tendrá dicha consideración salvo que fuese objeto de impugnación. Otra importante cuestión es que la presentación de copias para las demás partes tendrá lugar si puede realizarse a través de CD's u otros dispositivos informáticos ordinarios<sup>393</sup>.

Como apuntábamos en el capítulo dedicado al aseguramiento de la prueba, se puede adoptar la medida consistente en el depósito de unos determinados dispositivos informáticos con el objeto de obtener una copia física, como se ha visto, de los datos en ellos contenidos. Pero puede suceder que, aun disponiendo de una copia física de los datos, no fuese suficiente para garantizar la integridad de la información original. Asimismo, la solución pasa por la protocolización notarial del soporte original que ofrece la posibilidad de establecer una guarda y custodia del mismo hasta su aportación en el juicio o por las funciones matemáticas conocidas con el nombre de *funciones de Hash*, las cuales se aplican directamente sobre la información que se adquiere, esto es, sobre la que se copia, identificándola de forma única puesto que permitirá saber, si se vuelven a aplicar sobre la información original, si ésta ha sido modificada (bien voluntaria o accidentalmente).

Más aún, debemos fijarnos en el contenido de la Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función

---

<sup>393</sup>VEGAS TORRES, *Obtención de Pruebas en ordenadores personales y Derechos Fundamentales en el ámbito de la empresa*, Madrid, 2011, pp. 137 y ss. (Versión digital).

Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos. En primer término, esta norma técnica dispone, entre otras cosas, las pautas para la generación y expedición de copias electrónicas auténticas, copias papel auténticas de documentos públicos administrativos electrónicos, etc.

En el punto número cuarto de esta norma tiene cabida lo siguiente: *las copias electrónicas generadas que, por ser idénticas al documento electrónico original no comportan cambio de formato ni de contenido, tendrán la eficacia jurídica de documento electrónico original. Las copias auténticas se expedirán a partir de documentos con calidad de original o copia auténtica (...)*<sup>394</sup>.

No debe quedar en el tintero tampoco, la nueva Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia y su art. 28 que reza así: *las copias realizadas por medios electrónicos de documentos electrónicos emitidos por el propio interesado o por las oficinas judiciales, manteniéndose o no el formato original, tendrán inmediatamente la consideración de copias auténticas con la eficacia prevista en las leyes*

---

<sup>394</sup>Sigue diciendo este mismo punto que *las copias electrónicas auténticas serán nuevos documentos electrónicos que incluirán total o parcialmente el contenido del documento sobre el que se expiden y que cumplirán con lo establecido en la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento electrónico. El valor de cada uno de los metadatos mínimos obligatorios del documento electrónico copia será asignado en función de las características propias de cada metadato y de las propiedades específicas del documento bajo la responsabilidad del órgano u Organismo que lo expide. La relación entre la copia electrónica auténtica y el documento origen se reflejará en los metadatos del documento electrónico copia a través del metadato <<Identificador del documento origen>> que tornará el valor del identificador de aquél. Las copias electrónicas auténticas serán firmadas mediante alguno de los sistemas de firma previstos en los artículos 18 o 19 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.*

*procesales, siempre que el documento electrónico original se encuentre en poder de la oficina judicial donde haya sido originado o incorporado y que la información de firma electrónica y, en su caso, de sellado de tiempo permitan comprobar la coincidencia con dicho documento. Si se alterase el formato original, deberá incluirse en los metadatos la condición de copia<sup>395</sup>.*

Con estas últimas matizaciones se llega a la idea de que como la frontera entre original y copia de la prueba electrónica no aparece bien delimitada, deben hallarse diferentes formas para justificar que se trata de una copia fiable de un determinado documento electrónico.

Se considerará copia de un correo electrónico o de una página Web, como tal, siempre y cuando no fuese impugnada por la parte requerida, en consecuencia, de lo que se tratará, a mi juicio, es de velar por la autenticidad de la copia.

Si lo comparamos con la exhibición de documentos convencionales del art. 328 LEC, también se hizo referencia a la posibilidad de aportar copia autenticada en lugar de copia simple, llegando a la conclusión de que con la aportación de la copia se trata

---

<sup>395</sup>Sigue diciendo: *Las copias realizadas por las oficinas judiciales, utilizando medios electrónicos, de documentos emitidos originalmente por ellas en soporte papel tendrán la consideración de copias auténticas. Las oficinas judiciales podrán obtener imágenes electrónicas de los documentos privados aportados por los ciudadanos, con su misma validez y eficacia, a través de procesos de digitalización que garanticen su autenticidad, integridad y la conservación del documento imagen, de lo que se dejará constancia. Esta obtención podrá hacerse de forma automatizada, mediante el correspondiente sello electrónico. A los documentos emitidos originalmente en soporte papel de los que se hayan efectuado copias electrónicas de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, se les dará el destino previsto en la normativa vigente en materia de archivos judiciales. Las copias realizadas en soporte papel de documentos judiciales electrónicos y firmados electrónicamente por el secretario judicial tendrán la consideración de copias auténticas, siempre que incluyan la impresión de un código seguro de verificación que permita contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la oficina judicial emisora.*

en definitiva de que el tribunal, antes de acceder a la petición de exhibición, se haga una idea del documento en cuestión y a ello contribuye, perfectamente, la copia simple.

Lo mismo podría sostenerse para el caso de la prueba electrónica. Sin embargo, pensando en la vulnerabilidad de los soportes informáticos no sería descabellado optar por la aportación de una copia electrónica auténtica, empleando para ello los mecanismos analizados en líneas precedentes<sup>396</sup>.

La vulnerabilidad puede afectar tanto a la copia como al original del documento en soporte informático. Las disposiciones de la norma técnica de interoperabilidad podrían utilizarse también para la exhibición de los datos contenidos en un disco duro de ordenador u otro dispositivo por parte del sujeto frente al que se formula la solicitud. Habrá ocasiones, posiblemente numerosas, en que lo habitual será la solicitud de una medida de aseguramiento de la prueba, resultando de gran importancia la oportunidad que brinda el art. 298.5 LEC y que no es otra que un modo de proceder *inaudita parte* para la preservación de los documentos informáticos. Y en relación con la práctica de diligencias preliminares y aunque el art. 256 LEC no mencione que los documentos que precisa el futuro demandante puedan encontrarse en soporte electrónico, nada lo impide.

---

<sup>396</sup>Más sobre las copias de la prueba electrónica (ante la dificultad de distinguir un original y una copia de un *e-mail* o de una página Web) en ARBÓS LLOBET, Copias y Conservación de la Prueba Electrónica, en AAVV, *La Prueba Electrónica...*, pp. 315 y ss.

La adopción de medidas de aseguramiento de la prueba es idónea, sobre todo, si pensamos en el contenido de una determinada página Web o de un correo electrónico. Por otra parte, también actúan como solución para asegurar los datos de una página Web o de un correo electrónico las denominadas funciones de *hash* o la certificación por Notario. Esta última solución serviría para los supuestos en que los datos de una determinada página Web hayan desaparecido, incluso antes, de la adopción de una medida de aseguramiento pero se hubiera producido una captura de pantalla (*screenshot*) y el Notario debería dar fe del contenido<sup>397</sup>.

Por otro lado, ante la negativa a exhibir la prueba electrónica se estará a lo dispuesto en sede de exhibición documental, esto es, el art. 329 para el supuesto de que el sujeto sea parte en el proceso o el art. 330 cuando se trate de un tercero.

En el supuesto de la exhibición de los medios e instrumentos de los arts. 382 a 384 LEC, podría producirse una negativa justificada a la misma con base en la posible vulneración de un derecho fundamental (secreto de las comunicaciones).

En este sentido, las SSTC de 29 de noviembre de 1984 y de 24 de marzo de 2003 se pronuncian admitiendo que <<ha sido el entender que sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de “comunicación”, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el

---

<sup>397</sup>NIEVA FENOLL habla de la contratación de servicios por Internet, véase Práctica y Valoración de la Prueba Documental Multimedia en *Actualidad Civil*, número 17, 2009, p. 2025.

derecho posee eficacia “*erga omnes*”) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado. No hay “secreto” para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera “íntima” del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 CE>><sup>398</sup>.

Más datos de interés aportan estas sentencias: <<si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, “a contrario”, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo)>>.

Llegados aquí es momento de centrarnos en otras cuestiones trascendentales.

---

<sup>398</sup>En igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3), de 11 de enero (AC/2005/342), fundamento jurídico segundo. O, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6), de 23 de abril (JUR/2007/262226), fundamento jurídico segundo.

## **1.5 OTROS ASPECTOS DE INTERÉS: EL SOPORTE FÍSICO DEL CORREO ELECTRÓNICO**

### **1.5.1 DETERMINACIÓN INICIAL**

Lo que ha de analizarse ahora está relacionado con los entresijos del tan utilizado *e-mail*. En términos generales puede decirse que uno de los aspectos más problemáticos del correo electrónico es determinar su soporte físico.

No puede negarse que la proliferación de medios electrónicos ha generado otras situaciones controvertidas. A modo de ejemplo, cabe destacar el empleo del correo electrónico en el ámbito laboral<sup>399</sup> (con numerosas sentencias que se pronuncian al respecto de ello y de los posibles derechos fundamentales que pueden verse vulnerados)<sup>400</sup> o la utilización de la video grabación que, a su vez, puede suponer un problema relativo al honor, a la intimidad y a la propia imagen y al secreto de las comunicaciones<sup>401</sup>. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17), de 30 de junio (JUR/2011/320030), en su fundamento jurídico segundo, afirma <<que la grabación por uno de los interlocutores de una conversación no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.1 de

---

<sup>399</sup>Más datos al respecto en DEL VALLE GARCÍA, Obtención y Aportación de Prueba Electrónica, en AAVV, *La Prueba Electrónica...*, pp. 244 y ss. O, BELLIDO ASPAS, La Utilización del Correo Electrónico como motivo de Despido Laboral en *Empresa y Prueba Informática...*, pp. 85 y ss.

<sup>400</sup>A título indicativo, SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, 292/2000, de 30 de noviembre, 70/2009, de 23 de marzo, 281/2006, de 9 de octubre o 207/1996, de 16 de diciembre, relativas a la colisión entre algunos derechos fundamentales y el control del ordenador y del correo electrónico de un determinado sujeto.

<sup>401</sup>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 30 de mayo de 2002 (AS 2002/2207).

la Constitución y tan solo, acaso, podría concebirse como una conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado (...). Quien graba una conversación con el otro no incurre, por ese solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional (...)>>.

En lo que toca a los sistemas de grabación de las entidades bancarias o de crédito, cabe destacar otra situación controvertida. El Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, en su artículo 120, establece que *en los establecimientos u oficinas de las entidades de crédito donde se custodien fondos o valores, deberán ser instalados, en la medida que resulte necesaria en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en el artículo 112 de este Reglamento y los criterios que se fijen por el Ministerio del Interior, oyendo a la Comisión Mixta Central de Seguridad Privada:*

*Equipos o sistemas de captación y registro, con capacidad para obtener las imágenes de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad, cometidos en los establecimientos y oficinas, que permitan la posterior identificación de aquéllos, y que habrán de funcionar durante el horario de atención al público, sin que requieran la intervención inmediata de los empleados de la entidad.*

*Los soportes destinados a la grabación de imágenes han de estar protegidos contra robo, y la entidad de ahorro o de crédito deberá conservar los soportes con las imágenes grabadas durante quince días al menos desde la fecha de la grabación, en que estarán exclusivamente a disposición de las autoridades judiciales y de las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de*

*Seguridad, a las que facilitarán inmediatamente aquellas que se refieran a la comisión de hechos delictivos.*

*El contenido de los soportes será estrictamente reservado, y las imágenes grabadas únicamente podrán ser utilizadas como medio de identificación de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad, debiendo ser inutilizados el contenido de los soportes y las imágenes una vez transcurridos quince días desde la grabación, salvo que hubiesen dispuesto lo contrario las autoridades judiciales o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes.*

De acuerdo con este artículo, en sus varios incisos, parece cuestionable el uso de estas grabaciones en el proceso civil<sup>402</sup> como en el supuesto de los datos en poder de los operadores de telecomunicaciones a los que me referiré en el próximo apartado.

Adelantando una solución al respecto cabe afirmar que si una determinada persona solicita una grabación de imagen o de voz suya no debería haber inconveniente en exhibírsela dado que no se produciría vulneración alguna de un derecho fundamental.

Lo descrito conduce, finalmente, a otra apreciación: el escasísimo intervalo de tiempo para hacer uso de estas grabaciones. Se trata de un intervalo de tiempo reducido a 15 días. Como si de una actividad a contrarreloj se tratara, lo idóneo sería optar por las medidas de aseguramiento de la prueba de las que hemos hablado con detalle en el capítulo correspondiente. Si bien, a título personal,

---

<sup>402</sup>Véase NIEVA FENOLL, *Práctica y Valoración de la Prueba Documental Multimedia en...*, p. 2021.

optaría por modificar este breve intervalo de tiempo con el objeto de evitar la pérdida de elementos relevantes para la determinación de unos hechos. O aplicar lo dispuesto en la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, esto es, la cancelación de los datos en el plazo máximo de un mes desde su captación.

### **1.5.2 EL SOPORTE FÍSICO DEL CORREO ELECTRÓNICO**

Somos conscientes de que existen diversos aspectos que requieren ser tratados pero especialmente complejo resulta determinar el soporte físico del correo electrónico. Además y, para seguir con el objeto de este estudio, debemos centrarnos en las dudas que presenta esta última cuestión y que da título a este particular epígrafe.

De los medios de acreditación tradicionales (básicamente, el papel) se ha dado paso a la digitalización y aparición de nuevos elementos (disquete, lápiz de memoria, disco duro de ordenador,...). La aparición de nuevas fuentes de prueba y de estos elementos ha provocado una “revolución” desde la óptica procesal.

La mensajería electrónica se ha impuesto a la tradicional y ha de reconocerse su importancia y la necesidad de definir sus notas características.

Se ha hablado del *electronic discovery* o al hilo de lo que comentábamos en relación con el uso del correo electrónico en el mundo laboral, nace un nuevo concepto: *el computer forensics*, que significa el acceso, análisis y documentación de mensajes electrónicos<sup>403</sup>.

Se accede al correo electrónico a través de múltiples opciones, la más común el ordenador, pero hay otras que nos resultan más novedosas: agenda electrónica, *blackberry*, *iphone*, *iphad*, teléfono móvil con tecnología *3G*, etc. Con todo este abanico de posibilidades no es difícil que surja la pregunta acerca del soporte físico del correo electrónico. Y para hallar la solución al problema enfocado hay que barajar algunas hipótesis.

Para empezar, se puede constatar que el soporte físico de un correo electrónico puede ser el tradicional papel puesto que para su exhibición lo que se hace es trasladar el contenido del *e-mail* a un papel y obtener una copia o imprimir directamente el contenido del *e-mail* (de la propia estructura del correo) en un documento en papel. Estas apreciaciones ya se apuntaron anteriormente al decir que un correo electrónico o una página Web son perfectamente encuadrables en la categoría terminológica de documentos.

Otra opción que puede contemplarse es la de establecer como soporte del correo electrónico los discos duros de los ordenadores de proveedores de correo o administradores de servidores de red. Pero,

---

<sup>403</sup>SANMARTÍN, La Fiscalización del Correo Electrónico en el puesto de trabajo. Licitud, Procedencia y Requisitos de Eficacia Probatoria en *Fundación Has*, [http://fundacionhas.com/articulos/articulo\\_9.htm](http://fundacionhas.com/articulos/articulo_9.htm).

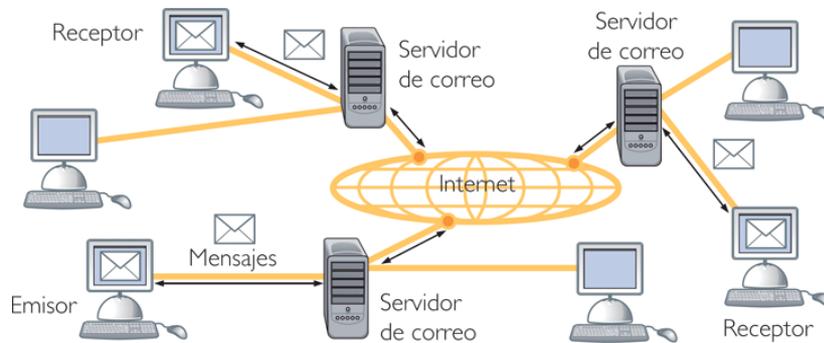
en definitiva, también podría trasladarse toda la información de estos discos duros a un documento en soporte papel o hacer una copia del mencionado dispositivo o guardarlo en otro instrumento de almacenamiento de datos y proceder a la exhibición.

Por otra parte, el *software* de un equipo informático (necesario para que éste pueda realizar las tareas encomendadas) podría convertirse también en soporte físico del correo electrónico.

De modo general, debe apreciarse la presencia de dos tipos de memoria en los sistemas informáticos: la primaria y la secundaria. En la primaria, conocida con el nombre de memoria RAM, se cargan los programas en uso, el sistema operativo y los datos volátiles que no han sido guardados de manera permanente. Por otro lado, cuando se quieren almacenar determinados datos de forma permanente en el dispositivo, entonces aparece en escena la denominada memoria secundaria (disco duro y semejantes). Volviendo al correo electrónico, éste es un conjunto de datos fácilmente accesibles desde cualquier dispositivo, como se ha visto. Pero, ya se ha subrayado, que no deja de ser un fichero guardado permanentemente en el disco duro de un servidor de correo o cualquier otro dispositivo de almacenamiento masivo de la red. En el supuesto de los *smartphones*, el mismo dispositivo de *blackberry*, por ejemplo, puede desempeñar las funciones de soporte físico del correo electrónico. Ahora bien, siguiendo con lo establecido, en estos casos también puede convertirse en soporte físico la propia memoria secundaria de este dispositivo.

Un ejemplo ilustrativo sería el siguiente: entre dos sujetos (A y B) se intercambian un mensaje de correo electrónico, si nos

preguntamos por el soporte físico del mismo cabe intuir, por las afirmaciones constatadas, que será el servidor de correo saliente que guardará una copia para tener constancia del correo enviado y el servidor entrante de B, que lo recibe en primera instancia y lo almacena de modo permanente en su buzón de correo asociado a su cuenta de correo electrónico que, en definitiva, no es más que una subcarpeta de su disco duro. A continuación, trazamos el siguiente dibujo para observarlo con mayor claridad:



Pero la cosa no termina aquí. Si nos referimos a *Outlook*, programa que instalamos en nuestro ordenador y de uso habitual en las empresas, permite guardar más copias de un determinado correo. Es decir, también guardaríamos una copia en nuestro ordenador que podríamos trasladar a un soporte papel o emplear el mismo ordenador para exhibir su contenido, redactando en acta las diferentes etapas hasta llegar al documento. La misma sistematización podría aplicarse para el supuesto de un determinado teléfono móvil o *smartphone*.

Mención igualmente importante merece el contenido del art. 25.2 de la LSSI que dispone lo que sigue en relación con la intervención de terceros en la contratación electrónica: *el tercero*

*deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado que, en ningún caso, será inferior a cinco años.* Así pues, según este redactado, los correos electrónicos se grabarán en un dispositivo informático, convirtiéndose en su soporte físico y se exhibirán a través de los medios informáticos de los tribunales o su contenido será depositado en un documento en soporte papel.

Y la aún mayor complejidad del caso llega con las redes sociales. *Facebook* o *Twitter* suponen nuevos quebraderos de cabeza. Cuando se trata de información publicada en alguno de los sitios de las redes sociales, la información no está físicamente almacenada en la computadora del usuario, ni siquiera en los servidores de la compañía. Puede, incluso, no estar en los propios servidores de los titulares de medios sociales, y hallarse en un sitio de propiedad de un tercero que suministra capacidad de almacenamiento de datos<sup>404</sup>. En todo caso, desde *Facebook*, por ejemplo, se utilizan discos duros para almacenar los millones de fotos y demás datos de la red pública. No resultaría descabellado requerir a la red social de *Facebook* los datos de una determinada persona. Ciertamente, cada país cuenta con su propia normativa sobre privacidad de los usuarios con las compañías que operan en la red. Un ciudadano de la UE se propuso requerir a ésta para que *Facebook* le facilitara todos sus datos, consiguiendo un CD enviado por la compañía con toda la información<sup>405</sup>.

---

<sup>404</sup>Véase BAHADUR, *Electronic Discovery, Informational Privacy, Facebook and Utopian Civil Justice* en *79 Mississippi Law Journal* 317, 2009, pp. 317 y ss.

<sup>405</sup>Información extraída de [www.bitelia.com](http://www.bitelia.com).

En el mundo informático, asimismo, cada vez se habla con mayor frecuencia del término *cloud hosting* (alojamiento Web). A través de esta nueva técnica, no se contrata un servidor, se contratan recursos. Para conocer más detalles, cabe afirmar que se trata de un conjunto de máquinas conectadas a un conjunto de sistemas de almacenamiento y todo ello unido mediante virtualización por *hardware* para garantizar recursos y seguridad, y controlado por un *software* capaz de mover, ampliar o reducir recursos en tiempo real a medida que el *cloud* (nube) lo requiere<sup>406</sup>. No se basa en discos duros locales sino que el almacenamiento se encuentra localizado mediante una red de área de almacenamiento.

Interesante cuestión es que la computación en nube no permite a los usuarios poseer físicamente los dispositivos de almacenamiento, con la salvedad de poder copiar los datos a un *pen* o disco duro, dejando la responsabilidad del almacenamiento de datos en manos del proveedor.

El *cloud* (nube) puede estar implementado de maneras diversas pero, en definitiva, hay un soporte físico (disco duro o similares) en uno o más servidores. En ocasiones, la información aparece duplicada, triplicada, etc., en muchos servidores para ofrecer siempre el servicio. Como puede comprobarse, la tecnología avanza día sí día también (apareciendo una terminología cada vez más novedosa) si bien, en muchos casos, se parte de unos parámetros tradicionales como es un disco duro u otro dispositivo similar. Y las consecuencias, por otra parte, del *cloud* con respecto de la exhibición de datos no distan

---

<sup>406</sup>Información extraída de <http://www.centrodedatos.com/cloud-hosting/>.

mucho de lo manifestado en este capítulo, requerimiento de datos al proveedor o la copia de los datos en un *pen drive* o instrumento parecido o el traslado de datos a un documento tradicional.

Retrocediendo al aseguramiento de la prueba informática, decíamos que una medida de aseguramiento de la prueba, como el depósito, puede no ser suficiente para garantizar la integridad de los datos almacenados electrónicamente. Y como solución se proponían las denominadas *funciones de Hash*. Pues bien, un servicio de alojamiento de archivos en la *nube*, como *Dropbox*, puede contribuir a mantener la integridad de la información original o, mejor dicho, a preservar la seguridad de los documentos guardados en formato electrónico puesto que si se borran archivos de la carpeta *Dropbox* pueden recuperarse a través de cualquier otra computadora con la que exista sincronización<sup>407</sup>.

Dilucidadas así varias soluciones al problema planteado, quedan aún por determinar varios extremos más acerca de la exhibición de comunicaciones electrónicas, tratados seguidamente.

---

<sup>407</sup>De interés la noticia publicada en *Legal Today*, día 29 de diciembre de 2011: Para no estar en las nubes hay que estar “en la nube” en [www.legaltoday.com](http://www.legaltoday.com).

## **2. LA EXHIBICIÓN DE DATOS DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES**

### **2.1 REFLEXIONES INTRODUCTORIAS**

Siguiendo con nuestro estudio sobre casos particulares de exhibición y sentadas las bases de la exhibición de la prueba electrónica, existe otro importante problema que suscita la aparición de Internet y de las telecomunicaciones: la generación y conservación de datos por parte de los distintos operadores de telecomunicaciones.

Los orígenes del tratamiento de estos datos se sitúan en la LSSI, en especial, en el ya derogado art. 12 que aparecía bajo la rúbrica del *deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas* y disponía, entre otros aspectos, lo siguiente:

*Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos. El período máximo de retención se fija en doce meses, en los términos establecidos en el artículo y en su normativa de desarrollo. Los datos objeto del deber de retención son los de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información (...), únicamente los necesarios para facilitar la localización del*

*equipo Terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información*<sup>408</sup>.

Llegamos al régimen actual, que no hace sino transplantar miméticamente el anterior, con la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones (LCDCE). Esta misma ley deroga el precepto apuntado anteriormente.

Más allá de examinar el contenido de la legislación actual sobre esta materia, que se hará en el próximo epígrafe, de los primeros acordes del art. 1 de la LCDCE (al igual que del 12.3 LSSI) se empieza a vislumbrar una cierta problemática: <<la exclusión absoluta de los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos que parece deducirse del precepto constituye una grave consecuencia que puede condenar al fracaso numerosas pretensiones ejercitadas fuera del proceso penal>><sup>409</sup>. Como corolario a lo dicho, los referidos artículos hacen una mención expresa a la investigación criminal<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup>Más aspectos de interés del art. 12 LSSI eran que *en ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones y que los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios a que se refiere este artículo no podrán utilizar los datos retenidos para fines distintos de los indicados en el apartado siguiente u otros que estén permitidos por la Ley, y deberán adoptar medidas de seguridad apropiadas para evitar su pérdida o alteración y el acceso no autorizado a los mismos (...)*.

<sup>409</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, Los Deberes de Conservación de Datos por parte de los Operadores de Telecomunicaciones y su Aportación al Proceso mediante Requerimiento Judicial en *Diario La Ley*, número 7055, 13 de noviembre de 2008, op. cit., p. 3.

<sup>410</sup>Art. 12.3 LSSI: *La finalidad exclusiva de la retención de datos en los términos antes referidos se ceñirá a su utilización, cuando sean requeridos por los Jueces, Tribunales o el Ministerio Fiscal, en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, así como a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales.*

Seguidamente se intentará esclarecer dicha problemática dado que los datos en poder de los operadores de telecomunicaciones pueden contribuir a la determinación de hechos relevantes en un proceso civil. Para ello, será necesario centrar nuestra atención en el derecho a la intimidad en colisión con la obtención de medios de prueba por parte de los justiciables. Y, en la actualidad, especialmente importante en dicha materia es la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que ha supuesto, en el campo de la propiedad intelectual, un cambio respecto de la jurisprudencia europea que ya tendremos ocasión de examinar.

Naturalmente la proliferación de las nuevas tecnologías no ha hecho más que acrecentar las posibilidades de vulneración de este derecho a la intimidad. Sin embargo, es preciso cuestionarse si la utilización indebida de datos personales supone la vulneración del derecho a la intimidad o de un nuevo derecho. Podemos hablar del derecho a la autodeterminación informativa (nos referimos al mismo al tratar de la aportación de historiales clínicos) y de una Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 15 de diciembre de 1983, sobre la Ley del Censo. Según esta sentencia, <<el libre desarrollo de la personalidad presupone, en las condiciones modernas de la elaboración de datos, la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitados de los datos referentes a la persona>><sup>411</sup>.

---

<sup>411</sup>VILASAU SOLANA, Derecho a la Intimidad y Protección de Datos Personales en *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Barcelona, 2005, op. cit., p. 96. En igual sentido, MURILLO DE LA CUEVA, La Protección de Datos en la Administración de Justicia/Derecho a la Intimidad y Nuevas Tecnologías en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 9, 2004, pp. 229 y ss.

Para poner en antecedentes al lector, la situación aquí descrita puede coincidir en alguna medida con la exhibición de documentos en poder de la Agencia Tributaria, su consiguiente blindaje y la colisión entre algunos derechos fundamentales: derecho a la intimidad y a la obtención de la tutela judicial efectiva. Veremos como algunas de las consideraciones de aquel apartado pueden resultar de aplicación aquí.

## **2.2 MARCO LEGAL RELATIVO A LOS DATOS DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES**

El paso siguiente, por lo que respecta a la aportación de los datos de los operadores de telecomunicaciones, consiste en el estudio de la LCDCE. Pero antes de ello debemos hacer referencia, de nuevo, al art. 12 de la LSSI.

Ya que estamos trazando el marco legal de la cuestión que nos ocupa no se puede dejar de mencionar la importancia que supuso, en su momento, este art. 12, que se erigía como antecedente del *deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas*. Este mismo precepto, cuyo contenido hemos expuesto anteriormente, fue derogado por la LCDCE.

La LCDCE nace con el objeto de regular *la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento*

*de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales (art. 1).*

*Quedan obligados, según el art. 2, los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones.*

El art. 3 especifica los datos que deben ser objeto de conservación. En concreto, se trata de los datos que aparecen relacionados con el número de teléfono de llamada, el nombre y dirección del usuario registrado (por lo que respecta a telefonía y telefonía móvil), la identificación de usuario asignada, la identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía, el nombre y dirección del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono (en lo concerniente a Internet), etc.

Además, se guardarán datos relativos a fechas, duración en el tiempo, el equipo de comunicación o datos necesarios para la localización del equipo de comunicación móvil<sup>412</sup>.

---

<sup>412</sup>Art. 3 LCDCE: *Los datos que deben conservarse por los operadores especificados en el artículo 2 de esta Ley, son los siguientes:*

- a. Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación:*
  - 1. Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:*
    - i. Número de teléfono de llamada.*
    - ii. Nombre y dirección del abonado o usuario registrado.*
  - 2. Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:*
    - i. La identificación de usuario asignada.*

- 
- ii. *La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía.*
  - iii. *El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono.*
- b. *Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación:*
- 1. *Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:*
    - i. *El número o números marcados (el número o números de teléfono de destino) y, en aquellos casos en que intervengan otros servicios, como el desvío o la transferencia de llamadas, el número o números hacia los que se transfieren las llamadas.*
    - ii. *Los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados.*
  - 2. *Con respecto al correo electrónico por Internet y la telefonía por Internet:*
    - i. *La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet.*
    - ii. *Los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación.*
- c. *Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación:*
- 1. *Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: la fecha y hora del comienzo y fin de la llamada o, en su caso, del servicio de mensajería o del servicio multimedia.*
  - 2. *Con respecto al acceso a Internet, al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet:*
    - i. *La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado.*
    - ii. *La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario.*
- d. *Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación.*
- 1. *Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: el servicio telefónico utilizado: tipo de llamada (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluido el reenvío o transferencia de llamadas) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia avanzados y servicios multimedia).*
  - 2. *Con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: el servicio de Internet utilizado.*
- e. *Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación:*
- 1. *Con respecto a la telefonía de red fija: los números de teléfono de origen y de destino.*
  - 2. *Con respecto a la telefonía móvil:*
    - i. *Los números de teléfono de origen y destino.*
    - ii. *La identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada.*
    - iii. *La identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada.*
    - iv. *La IMSI de la parte que recibe la llamada.*
    - v. *La IMEI de la parte que recibe la llamada.*

Los artículos 4 a 9 se refieren a la conservación y cesión de datos. Entrando en más detalles sobre esta regulación, el art. 4 dispone que *los sujetos obligados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los datos especificados en el artículo 3 de esta Ley se conserven de conformidad con lo dispuesto en ella, en la medida en que sean generados o tratados por aquéllos en el marco de la prestación de los servicios de comunicaciones de que se trate (...)*. El art. 5 establece el período de conservación de los datos que *cesa a los doce meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación. Reglamentariamente, previa consulta a los operadores, se podrá ampliar o reducir el plazo de conservación para determinados datos o una categoría de datos hasta un máximo de dos años o un mínimo de seis meses, tomando en consideración el coste del almacenamiento y conservación de los datos, así como el interés de los mismos para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave, previa consulta a los operadores (...)*.

- 
- vi. *En el caso de los servicios anónimos de pago por adelantado, tales como los servicios con tarjetas prepago, fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (el identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio.*
  - 3. *Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:*
    - i. *El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números.*
    - ii. *La línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación.*
  - f. *Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil:*
    - 1. *La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación.*
    - 2. *Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período en el que se conservan los datos de las comunicaciones.*

*Ningún dato que revele el contenido de la comunicación podrá conservarse en virtud de esta Ley.*

Finalmente, se regula un régimen de infracciones y sanciones (art. 10)<sup>413</sup>.

La regulación de la LCDCE debe, finalmente, ponerse en conexión con otras normas: la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones<sup>414</sup> o, a escala europea, las Directivas 2002/58/CE y 2006/24/CE, relativas al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y a la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, respectivamente. También es destacable la LOPD, en particular, su art. 16.3 que trata de la obligación de conservar datos bloqueados en los supuestos legales de cancelación<sup>415</sup>.

Además de ello, hay que tener presente los pronunciamientos del TC al hilo de cuestiones relacionadas con el derecho al secreto de las comunicaciones<sup>416</sup>. La LCDCE se ha mostrado respetuosa, según su Preámbulo, con dichos pronunciamientos.

---

<sup>413</sup>Art. 10 LCDCE: *El incumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley se sancionará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieran derivar del incumplimiento de la obligación de cesión de datos a los agentes facultados.*

<sup>414</sup>Es preciso advertir de la existencia del Proyecto de Ley (nueva Ley de Telecomunicaciones) que incorpora al ordenamiento jurídico interno las directivas europeas integradas en el Paquete Telecom aprobado en noviembre de 2009, información extraída de la página Web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio: <http://www.mityc.es>. Con el nuevo gobierno (elecciones generales 2011) el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio queda rediseñado como Ministerio de Industria, Energía y Turismo: <http://www.minetur.gob.es/es-ES/Paginas/index.aspx>.

<sup>415</sup>Art. 16.3 LOPD: *La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.*

<sup>416</sup>Estos pronunciamientos están relacionados con que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la

**2.3 APORTACIÓN DE DATOS DE LOS OPERADORES DE  
TELECOMUNICACIONES: POSIBLE EXTENSIÓN AL PROCESO  
CIVIL**

**2.3.1 EL RÉGIMEN DE LA LSSI Y DE LA LCDCE A LA LUZ DE LA  
JURISPRUDENCIA EUROPEA**

Es momento, pues, de retomar lo que decíamos al inicio sobre los artículos 12.3 LSSI y 1 LCDCE. Lo es porque allí ya se afirmó que ambos preceptos hacían exclusivas referencias a la investigación criminal. Partiendo de la regulación actual, si volvemos a transcribir el art. 1, apartado primero, daremos buena cuenta de ello: *esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.*

Dos conclusiones se sacan de este texto normativo y las dos mantienen una estrecha relación. La primera es que los fines que, exclusivamente, justifican la obligación de conservación se limitan a la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves

---

comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta y con que la cesión de tales datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá, siempre, la autorización judicial previa: SSTC, número 123/2002, de 20 de mayo (RTC 2002/123), número 56/2003, de 24 de marzo (RTC 2003/56), 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999/49), 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999/166), 14/2001, de 29 de enero (RTC 2001/14) y 202/2001, de 15 de octubre (RTC 2001/202).

contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. La segunda aparece en forma de pregunta, ¿qué pasa con el proceso civil? ¿Podría extenderse la aportación de estos datos al proceso civil?

Con la normativa descrita parece clara la respuesta a estos interrogantes pero hay que plantearse si cabe suavizar de algún modo la rigidez literal de la norma. Para trazar un nuevo camino, ahora en esta dirección, resulta conveniente, en primer lugar, el análisis de la sentencia al caso C-275/06 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (*Promusicae c. Telefónica*). Se plantea la siguiente cuestión prejudicial: el Derecho comunitario <<¿permite a los Estados miembros restringir el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y de la defensa nacional, con exclusión, por tanto, de los procesos civiles, el deber de retención y puesta a disposición de datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, que recae sobre los operadores de redes y servicios de comunicaciones (...)?>><sup>417</sup>.

De entrada, la respuesta es que el Derecho comunitario ve con agrado la postura del legislador español en la LSSI y LCDCE (normativa actual). Para resolver la cuestión prejudicial que se plantea en este asunto concreto, el TJCE tiene en cuenta varias Directivas (2000/31/CE, 2001/29/CE, 2004/48/CE, 2002/58/CE y 95/46/CE)<sup>418</sup>.

---

<sup>417</sup>Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 21 de diciembre de 2005.

<sup>418</sup>Hay que tener presente la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los

Lo más destacado, en relación con lo que es objeto de nuestro estudio, es el siguiente considerando del TJCE: <<la Directiva 2002/58 no excluye la posibilidad de que los Estados miembros impongan el deber de divulgar datos personales en un procedimiento civil (...) y que sin embargo, el tenor del artículo 15, apartado 1, de esta Directiva no puede interpretarse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a imponer tal deber en las situaciones que enumera>>.

Se sigue argumentando, antes de proceder al fallo, que el TJCE debe resolver acerca de si los derechos a la propiedad y a la tutela judicial efectiva estarán siendo vulnerados por el hecho de que en el articulado de las Directivas antes mencionadas no se obligue a los operadores a la entrega de los datos identificativos de sus clientes en un procedimiento civil con el objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor.

Estas Directivas disponen <<los mecanismos que permiten encontrar un justo equilibrio entre estos diferentes derechos e intereses (...) y sin embargo, el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario (...). Corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar

---

servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpretación de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad>>.

De acuerdo con el Derecho europeo la intención del legislador español no parece censurable. Sin embargo, como habrá ocasión de comprobarlo más adelante, se trata de una norma demasiado restrictiva.

### **2.3.2 LA EXHIBICIÓN DE DATOS DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES MÁS ALLÁ DEL PROCESO PENAL POR DELITO GRAVE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

Lo analizado hasta el momento nos sitúa ante la siguiente colisión de derechos: la protección del derecho a la intimidad, por un lado, y la obtención de medios de prueba por parte de los justiciables, por otro lado.

No está de más anotar aquí, qué se entiende por intimidad. Las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre (fundamento jurídico tercero), 57/1994, de 28 de febrero (fundamento jurídico quinto), 99/1994, de 11 de abril (fundamento jurídico quinto) y 143/1994, de 9 de mayo (fundamento jurídico sexto) definen este concepto de la siguiente manera: <<la intimidad consiste en un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás; ámbito, entendido como necesario –según las pautas de nuestra cultura- para mantener

una calidad mínima de la vida humana, de lo que resulta su imbricación con la existencia misma del individuo>>.

Lo cierto es que la jurisprudencia europea tratada ve con acierto la limitación de nuestra legislación al enjuiciamiento por delito grave. No obstante, según un sector de la doctrina procesalista, en el que destaca ORMAZABAL SÁNCHEZ, <<limitar al proceso penal el deber de conservar y comunicar datos generados en las telecomunicaciones constituye un exceso de celo y un caso de sobreprotección del derecho a la intimidad en perjuicio del interés de los justiciables en obtener medios de prueba para satisfacer sus pretensiones>><sup>419</sup>.

Personalmente, coincido en que la regulación contenida en la LCDCE es demasiado restrictiva, incluso con el proceso penal. A nada que se reflexione sobre la literalidad del precepto, se acaba por ver que la cesión de datos encuentra su fin en la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales<sup>420</sup>. Me parece una norma de carácter muy limitativo. En dicho sentido, es muy probable que gran parte de los delitos relativos a la propiedad intelectual no

---

<sup>419</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, Los Deberes de Conservación de Datos por parte de los Operadores de Telecomunicaciones y su Aportación al Proceso mediante Requerimiento Judicial..., op. cit., p. 4.

<sup>420</sup>Por delito grave puede entenderse, según el art. 13.1 CP, lo siguiente: *Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.* Y el art. 33.2 CP dispone que son penas graves: *La prisión superior a cinco años, la inhabilitación absoluta, las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años, la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años, la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años, la privación de la patria potestad.*

lleguen a tener el calificativo de graves, debido a la pena con que son conminados y por lo tanto no cabrá, en la tramitación de los mismos, obtener aquellos datos, que normalmente resultarán trascendentales.

Ciertamente, la LCDCE ha supuesto, bajo mi punto de vista, un retroceso si la comparamos con lo que sucedía en el Proyecto de Ley en el que <<se admitía la entrega de tales datos para las mismas finalidades, pero referidas a todo tipo de delitos>><sup>421</sup>. Esta regulación, precisamente por su carácter limitativo, comporta problemas con los delitos considerados no tan “graves”. Una laguna que, unida a otras, hace que se cuestione esta regulación<sup>422</sup>.

Abundando en esta inquietud y como vimos en el apartado dedicado a la exhibición de documentos en poder de la Agencia Tributaria, el mencionado artículo 95 de la LGT se presenta bajo la rúbrica del *carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria*, disponiendo *que los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros salvo que la cesión tenga por objeto:*

---

<sup>421</sup>GONZÁLEZ LÓPEZ, Comentarios a la Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones en *Revista General de Derecho Procesal*, número 16, 2008, op. cit., p. 21.

<sup>422</sup>RODRÍGUEZ LAINZ, El Principio de Proporcionalidad en la nueva Ley de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones (II) en *Diario La Ley*, nº 6860, 2008, p. 4.

f) *La protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Fiscal.*

h) *La colaboración con los jueces y tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa en la que, previa ponderación de los intereses públicos y privados afectados en el asunto de que se trate y por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración tributaria.*

Es decir, la situación de fondo es similar: estamos ante una colisión de dos derechos fundamentales, el derecho a la intimidad y el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva. Y, sin embargo, en el ámbito tributario los encargados de ponderar intereses, ante esta particular colisión, son los órganos jurisdiccionales que están conociendo del proceso en cuestión. Si de la ponderación de intereses parece justificada la solicitud de datos a la Administración, ésta no se podría negar<sup>423</sup>.

Parece pues que una posible solución al respecto sería dejar a la ponderación de intereses por parte de los tribunales con el fin de determinar si puede procederse o no a la solicitud de datos a los operadores de telecomunicaciones en el ámbito de un proceso no penal (civil, laboral o contencioso-administrativo).

---

<sup>423</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa número 326/1999 (Sección 1), de 30 de septiembre (AC 1999/7606), fundamento jurídico segundo.

Una ponderación de intereses que, según la STC 142/1994, de 9 de mayo (fundamento jurídico séptimo), debe tener en cuenta lo siguiente:

<<El incremento de los medios técnicos de tratamiento de la información puede propiciar la invasión de la esfera privada, haciendo necesaria -correlativamente- la ampliación del ámbito de juego del derecho a la intimidad, que alcanza a restringir las intromisiones en la vida privada puestas en práctica a través de cualquier instrumento que produzca tal efecto, y a incrementar las facultades de conocimiento y control que se otorguen al ciudadano para salvaguardar el núcleo esencial de su derecho. De ahí que, en concreto por lo que hace al almacenamiento y tratamiento informáticos de datos, el derecho a la intimidad no agota su contenido en facultades puramente negativas o de exclusión.

Las normas autorizatorias de recogida de datos, incluso con fines legítimos y de contenido aparentemente neutro, deben incluir garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada, por lo que si no lo hacen pueden y deben considerarse vulneradoras de la intimidad de la misma manera que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta (...)>>.

Por otra parte, con esta regulación tiende a privilegiarse en exceso el proceso penal. Naturalmente que no cabe negar a los asuntos criminales ni un ápice de trascendencia y gravedad pero la revelación de ciertos datos, en un proceso civil, puede servir a la efectividad de muy elevadas, importantes o trascendentes pretensiones, de vital importancia para el patrimonio y los derechos morales de las personas.

Por otra parte, en el sistema de mensajería de telefonía móvil, por ejemplo, sucede que la compañía que ofrece el servicio dispone de una base de datos en la que pueden guardarse los aspectos más técnicos del mensaje (o correo o chat), es decir, número de teléfono asignado, confirmación y hora de envío y recepción, etc<sup>424</sup>. Verdaderamente, son datos de especial relevancia a efectos probatorios y a los que el juez civil debería poder acceder.

Otra precisión de interés. De la redacción del art. 16.3 de la Ley 41/2002 se extrae lo siguiente: el acceso al historial clínico con *fines judiciales*. De acuerdo con este precepto, el historial clínico podrá aportarse como medio probatorio. Entiendo que los datos clínicos son igualmente o, incluso más, comprometidos que los datos de los operadores de telecomunicaciones y si puede accederse al historial clínico, como hemos visto desde la perspectiva del proceso civil, no me parece sensato vetar el acceso, a través de requerimiento judicial, a los datos de dichos operadores.

Por supuesto, el problema que ahora nos ocupa no se planteará cuando es una determinada persona la que requiere sus propios datos. El derecho a la autodeterminación informativa significa que <<el individuo puede decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida>><sup>425</sup>. A ello nos referimos también en el supuesto de los historiales clínicos advirtiendo que si es el propio paciente el que solicita el historial, es evidente que no tendrá sentido la negativa a

---

<sup>424</sup>NIEVA FENOLL, *Práctica y Valoración de la Prueba Documental Multimedia en...*, p. 2018.

<sup>425</sup>VILASAU SOLANA, *Derecho a la Intimidad y Protección de Datos Personales...*, op. cit., p. 96.

exhibir del centro sanitario con base en la posible vulneración de derechos fundamentales. El art. 18 de la Ley 41/2002 lo deja claro, *el paciente tiene el derecho de acceso a la historia clínica y a obtener una copia de los datos que figuran en ella*. Con buena lógica, se entiende que si es el propio paciente el sujeto interesado en la exhibición ya presta su total consentimiento. Esta situación no presenta mayores inconvenientes.

Debe enfatizarse, sin embargo, que las compañías de telecomunicaciones, amparándose bajo el manto de la LCDCE, se nieguen frecuentemente a entregar determinados datos. <<Pero con ello están ignorando dolosamente que el primer y principal titular de los datos del servicio es precisamente el usuario>><sup>426</sup>. Si son datos del propio usuario, la compañía u operador no podrá negarse a su entrega puesto que es el referido usuario quien los solicita, no produciéndose violación alguna de un derecho fundamental<sup>427</sup>. Aspecto distinto es solicitar datos que puedan afectar a un tercero, aunque si se tratase de datos de naturaleza técnica y se exhibiesen no se afectaría a la intimidad de otras personas.

En todo caso y añadiendo más argumentos para censurar la rigidez del precepto, la cesión de datos a través de requerimiento judicial y a efectos de un proceso es una vulneración menos agresiva de un derecho fundamental que la medida de entrada y registro contemplada para el caso de la negativa a llevar a cabo determinadas

---

<sup>426</sup>NIEVA FENOLL, *Práctica y Valoración de la Prueba Documental Multimedia en...*, op. cit., p. 2019.

<sup>427</sup>STS de 19 de noviembre de 2003.

diligencias preliminares<sup>428</sup>. Lo último hemos tenido ocasión de estudiarlo detenidamente en el capítulo dedicado a la obtención preprocesal de documentos. Y más aún, si optamos, con cautela, por acudir a la analogía y aplicar lo dispuesto en sede de diligencias preliminares para el supuesto de la negativa a exhibir documentos, podrían, en determinados casos, revelarse los datos de los que nos venimos ocupando.

Analizando jurisprudencia al respecto, las SSTC de 29 de noviembre de 1984 y de 24 de marzo de 2003 se pronuncian en el siguiente sentido: <<si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, “a contrario”, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo)>>. Así las cosas, creo que la solución del estudio del caso concreto sería del todo viable y acorde con los postulados del principio de proporcionalidad al que alude la jurisprudencia comunitaria. También puede citarse el nuevo art. 15 de la Directiva 2002/58/CE, modificado por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, que dispone lo siguiente: *los proveedores instaurarán procedimientos internos para responder a las solicitudes de acceso a los datos personales de los usuarios con arreglo a las disposiciones nacionales promulgadas de conformidad con el apartado 1. Previa solicitud,*

---

<sup>428</sup>ORMAZABAL SÁNCHEZ, Los Deberes de Conservación de Datos por parte de los Operadores de Telecomunicaciones y su Aportación al Proceso mediante Requerimiento Judicial..., p. 4.

*facilitarán a las autoridades nacionales competentes información sobre esos procedimientos, el número de solicitudes recibidas, la motivación jurídica aducida y la respuesta ofrecida.*

En este último sentido, la clave también podría ser la siguiente. Siguiendo con la línea del art. 1 LCDCE, podría hacerse una relación de los asuntos civiles en los que estaría permitida la comunicación de estos datos, sobre todo, asuntos de mayor proyección o incidencia.

Además, el TC ha establecido como garantías que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta y que la cesión de tales datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá, siempre, la autorización judicial previa. En consecuencia, la jurisprudencia constitucional no parece tan restrictiva como la Ley 25/2007 y mediante requerimiento judicial y siempre que no supusiese una afectación al contenido de las comunicaciones, podría establecerse la obligación de comunicación de datos a procesos no penales.

Parece que el legislador, está en los últimos años seriamente empeñado a potenciar la protección de los derechos de propiedad intelectual. Como se dijo, la Ley 19/2006 supuso <<un auténtico hito en la tutela judicial por la vía civil de los derechos de propiedad intelectual e industrial en nuestro país>><sup>429</sup>.

---

<sup>429</sup>FERRÁNDIZ AVENDAÑO, La Proyectoada Reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura y el <<Procedimiento para el Restablecimiento de la Legalidad>>, cuya Instrucción y Resolución se quiere atribuir a su Propuesta

Es más, en fechas recientes el legislador ha introducido una novedad que atiende y da la razón a las críticas expuestas en las líneas anteriores. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha incidido en la cuestión que nos ocupa propiciando un cambio radical en materia de propiedad intelectual. Como se ha dicho, con la referida ley vienen a <<mitigarse en gran medida los efectos de la doctrina señalada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha de 29 de enero de 2008 asunto C-275/06 (...)>><sup>430</sup>. Según el art. 8, apartado primero y segundo, de la LSSI, modificado por esta Ley 2/2011:

1. *En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:*
  - a. *La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.*
  - b. *La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.*
  - c. *El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social.*
  - d. *La protección de la juventud y de la infancia.*

---

Segunda Sección en *Revista de Internet, Derecho y Política*, Universitat Oberta de Catalunya, junio, 2010, op. cit., p. 7.

<sup>430</sup>Ibíd., op. cit., p. 8.

*e. La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.*

*2. Los órganos competentes para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento. Tal requerimiento exigirá la previa autorización judicial de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez obtenida la autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación.*

De este nuevo art. 8.2 podemos extraer una consideración importante y que rompe con el carácter restrictivo del que venimos hablando: el requerimiento, por parte de los órganos civiles, de datos que permitan la identificación del responsable de la conducta presuntamente vulneradora.

El deber de facilitar datos por parte de los operadores de telecomunicaciones podría exigirse, en el procedimiento civil, por el cauce de las diligencias preliminares, lo que respondería con satisfacción a la pregunta de qué ocurre con la lesión de derechos de propiedad intelectual en la red<sup>431</sup>.

---

<sup>431</sup>FERRÁNDIZ AVENDAÑO, La Proyectoada Reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura y el <<Procedimiento para el Restablecimiento de la Legalidad>>, cuya Instrucción y Resolución se quiere atribuir a su Propuesta Segunda Sección..., pp. 8-9.

Por otro lado, nada impide que si no se estima la solicitud de la diligencia preliminar se acuda a la exhibición documental y si se cumplen los presupuestos de la misma se acceda a la exhibición, tal y como lo argumenté en su momento.

Al mismo tiempo, esta consideración abre una valiosa brecha para permitir la extensión del deber de comunicación de datos a los demás procesos no penales.

De *lege ferenda*, todas las previsiones anteriores podrían completarse también con un nuevo tenor literal del art. 1 LCDCE que dejara más margen de actuación en estos procesos no penales porque, tal y como establece la STC 143/1994, de 9 de mayo (fundamento jurídico sexto), <<el derecho a la intimidad puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revela como necesario para lograr el fin legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho>>. Por lo tanto, si del estudio del caso concreto y de la ponderación de intereses, se cumplen estas exigencias puede extenderse el deber de comunicación de datos a un proceso civil. Y, además, ya ha quedado bien delimitado que el propio usuario es dueño de sus datos y que si se trata de datos especialmente técnicos, su exhibición no afecta a la privacidad de otras personas.



## **CAPÍTULO VI**

# **EL TRATAMIENTO DE LA OBTENCIÓN Y EXHIBICIÓN DOCUMENTAL EN EL DERECHO COMPARADO**

### **1. ALGUNAS PUNTUALIZACIONES**

En primer lugar, dedicaré unas breves palabras a dar cuenta del porqué no se hará un estudio exhaustivo sobre la regulación de esta materia en Alemania e Italia. Al tratarse de ordenamientos jurídicos cuya regulación en esta cuestión guarda notable similitud con la española, me ha parecido que resultaba más productivo dirigir el grueso de mis esfuerzos a explicar un modelo de regulación que pertenece a otra cultura jurídica, el Derecho anglosajón (*common law system*), que presenta muy notables diferencias con la tradición jurídica continental. Pero tampoco se quiere renunciar del todo a la aportación de datos de interés sobre las regulaciones alemana e italiana en otros puntos de este trabajo.

### **2. EN EL PROCESO CIVIL AMERICANO**

#### **2.1 INTRODUCCIÓN**

La variedad de ordenamientos jurídicos hace necesario abordar el estudio de alguno de ellos para reflejar las diferencias y similitudes

existentes entre éste y nuestro sistema procesal. El esquema que se seguirá, a continuación, se centra en una línea referencial situada en los sistemas de la *common law*, en concreto, en el proceso civil de los Estados Unidos<sup>432</sup>. La razón que aconseja un estudio así puede descansar en que la cultura jurídica americana ejerce cada vez más control e influencia sobre el resto de normativas pertenecientes al *civil law* (entre las que destaca la española).

Y para muestra de ello algunos ejemplos, las denominadas *class actions* (acciones de clase) que han inspirado a nuestra actual Ley procesal civil (o a la Ley italiana) para reconocer a asociaciones la legitimación para reclamar los daños y perjuicios causados a consumidores y usuarios, no determinados en la fase declarativa del proceso<sup>433</sup>. O, el procedimiento de *discovery*, aspecto que será tratado específicamente en este trabajo.

En un breve apunte histórico y de organización judicial, mientras el derecho americano, de marcada base inglesa, acogió en su

---

<sup>432</sup>Unas breves pinceladas sobre el proceso litigioso (proceso civil) de los Estados Unidos son las siguientes: <<el litigio es el mecanismo del sistema legal para resolver controversias entre particulares; el procedimiento civil es el conjunto de leyes que estructuran ese mecanismo. El litigio comienza con un conflicto entre dos o más personas, compañías o instituciones (...). El primer deber del procedimiento civil es entonces la puesta en práctica de reglas de derecho sustantivo, así como de valores y políticas en que se fundan (...). El segundo deber del procedimiento civil se deriva del hecho de que un sistema de resolución de controversias basado en el azar o la corrupción ofende nuestra idea de un proceso imparcial capaz de producir resultados acordes con principios justos de derecho sustantivo. El procedimiento civil posee valor por sí mismo en cuanto que constituye un proceso litigioso compatible con nuestros conceptos de justicia (...). El tercer y último deber del procedimiento civil es ser eficiente para ser justo (...)>>, FEINMAN, *Introducción al Derecho de Estados Unidos de América. Todo lo que debe saber acerca del Sistema Jurídico estadounidense*, Traducción de Enrique Cruz Mercado González, Revisión Técnica Magdalena Wong Bermúdez, México, 2004, op. cit., pp. 85 y ss.

<sup>433</sup>FERRERES COMELLA, Las Acciones de Clase ("Class Actions") en la Ley de Enjuiciamiento Civil en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, número 11, 2005, p. 39.

seno procedimientos tales como el del jurado o el *adversary system*, después de las codificaciones procesales, la Constitución de los Estados Unidos de 1787 optó por el establecimiento de un sistema de tribunales federales, más allá de los propios tribunales estatales. Con ello también aparece la normativa procesal denominada *Federal Rules of Civil Procedure*.

Nótese que para entenderlo algo mejor es necesario partir de la distinción que se hace en Estados Unidos entre el derecho federal y el derecho estatal. Estados Unidos es una unión federal de cincuenta estados. El Estado federal y cada uno de estos cincuenta estados gozan de una organización judicial propia.

El artículo III de la Constitución establece las bases para la estructura de los tribunales federales, *el poder judicial de los Estados Unidos radicaré en una Corte Suprema, y aquellos tribunales inferiores que el Congreso en el transcurso del tiempo pueda ordenar y establecer*<sup>434</sup>.

---

<sup>434</sup>Sobre el Poder Judicial y sistemas de elección y selección de jueces en Estados Unidos apuntar lo siguiente: <<En Estados Unidos existen tantos modelos judiciales como Estados integran la Unión. A todos esos modelos hay que añadir el común Federal, por lo que en total puede hablarse de más de cincuenta modelos judiciales. En el ámbito Federal la Constitución establece que el Presidente, de acuerdo con el Senado y con su consentimiento expreso, designará a los jueces del Tribunal Supremo. Por lo tanto, la iniciativa del procedimiento corresponde al Presidente, pero la última palabra la tiene la mayoría parlamentaria del Senado. Por su parte, el Presidente y la mayoría parlamentaria del Congreso requieren idéntica concurrencia de voluntades en la designación de los jueces de los Tribunales Federales de apelación. A pesar de que formalmente no hay exigencias legales para ser nombrado juez federal, lógicamente se requiere una brillante o distinguida carrera profesional adquirida en el desempeño de su actividad como jurista, bien sea como abogado, fiscal o como profesor universitario de una escuela prestigiosa. Además, en la elección se tiene en cuenta el grupo al que figurada o supuestamente representa el candidato por su sexo, pertenencia étnica o profesión religiosa. Como paso previo a su nominación los candidatos a juez federal deben superar multitud de obstáculos, ya que son elegidos por el Presidente, tras recibir múltiples consejos —de su gabinete, de electos del Congreso, de jueces o de profesores relevantes,... etc. —. A continuación el Fiscal general evalúa la cualificación de los candidatos y, asimismo, deben superar el llamado control de seguridad llevado a cabo por el FBI. Pasadas de forma positiva todas las pruebas, el Presidente nombra un

---

candidato, con lo cual si se trata de la elección de un juez del Tribunal Supremo corresponde al Comité judicial del Senado su evaluación, y con el voto favorable de su mayoría la nominación se remite al Pleno, en el que deberá lograrse el voto favorable de la mayoría simple.

Por lo que concierne al sistema de elección o designación de jueces en los distintos Estados de la Unión, se puede decir que hay cuatro vías para elegir a los jueces:

- a) **Designación gubernamental**
- b) **Designación gubernamental con ratificación electoral posterior**
- c) **Elección partidista**
- d) **Elección no partidista**

En realidad, estas cuatro vías se pueden sintetizar en dos sistemas: el de elección (Elective System) y el de designación (Appointive System). En cualquier caso la capacidad de los candidatos sólo puede medirse desde parámetros de la experiencia, dado que toda persona habilitada para actuar como abogado ante los Tribunales, puede ser candidato para cubrir una plaza de juez en la demarcación territorial de cada uno de los Estados, en alguno de los siguientes Tribunales: Juez del Tribunal Supremo/Supreme Court de cada estado, Juez de los Tribunales de Apelación/Court of Appeals estatales, o en la demarcación territorial del Condado o Partido Judicial/ County, Juez de Circuito/Circuit Judge, Juez Asociado/Associate Judge, Juez de Primera Instancia/First Instance Judge, Juez de lo Penal/Trial Judge, y Juez de Paz/Justice of the Peace. El sistema de elección por sufragio universal ha sido sometido a severas críticas debido a que en la práctica los criterios políticos, en la inmensa mayoría de ocasiones, condicionan la viabilidad de las candidaturas, con la rémora que ello pueda suponer en la posterior independencia judicial. Sin embargo, frente al sistema de elección, en la actualidad treinta y cinco Estados más el Distrito de Columbia, en el que se encuadra la capital federal, practican el sistema de designación, en el que con antelación a la nominación se recaban los informes correspondientes a las comisiones creadas ad hoc por los colegios de abogados, respecto a la idoneidad de los candidatos para ejercer funciones jurisdiccionales. La duración de los mandatos judiciales es de en torno a 6 años en los Tribunales inferiores (Jueces de Primera Instancia y Jueces de Circuito), y los candidatos que deseen ser reelegidos o confirmados, dependiendo del sistema, deberán contar, según los Estados, con un mínimo del 60% de votos afirmativos de los electores o con el informe favorable de la comisión correspondiente de evaluación. Por su parte, los Jueces Asociados/Associate Judges son elegidos, según el Estado, por un período aproximado de cuatro años, a cuyo término para ser confirmados deberán recibir en torno al 60% de los votos favorables, por ejemplo, de los Jueces de Circuito/Circuit Judges. Finalmente, en los casos de los jueces de los Tribunales de Apelación y del Tribunal Supremo de los Estados, el mandato judicial puede ser, según los Estados, de en torno a 10 años y el porcentaje de votos afirmativos de los electores necesario para la reelección puede rondar también el 60% y en el caso del sistema de designación, la confirmación en el cargo requiere el informe favorable de la comisión correspondiente de evaluación>>, AGIRREAZKUENAGA, Modelos comparados de Organización Judicial y Régimen de Selección o Elección de Jueces y Magistrados en *Revista del Poder Judicial*, número 75, tercer trimestre, 2004, op. cit., pp. 11 y ss. Puede confrontarse con lo que ocurre en España, Alemania o Italia. A este respecto, véase HERNÁNDEZ GARCÍA (con SÁIZ ARNAIZ), La Selección y Formación Inicial de los Jueces en España: Algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente) en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 568, 2003, pp. 1 y ss. PIZZORUSSO, La Experiencia Jurisdiccional: del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho/ Medio Siglo de Poder Judicial en Italia en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 13, 1998, pp. 89-118, TULLIO LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milano, 1992, p. 13 o LO VOI (con PATROLA), La Selezione e la Formazione del Giudice in Italia en *Revista del Poder Judicial*, número 69, primer trimestre, 2003, pp. 491 y ss. En el caso alemán, véase

El derecho federal lo ejercen tres órganos: la Corte Suprema de los Estados Unidos, las Cortes de Apelaciones y los tribunales federales de distrito. Hay, por lo tanto, tres niveles de tribunales federales con jurisdicción general (civil y criminal). Los otros tribunales, como los de quiebras y de impuestos, son órganos especializados que sólo atienden a determinados casos.

Como se ha señalado, cada estado tiene su organización judicial mediante la Constitución que actúa como la norma jerárquicamente más importante y con los siguientes órganos jurisdiccionales: los tribunales estatales de primera instancia (*trial courts of general jurisdiction*), los tribunales intermedios de apelación para la segunda instancia (*courts of appeals*) y un Tribunal Supremo<sup>435</sup>.

Tanto a escala federal como estatal, las fuentes del derecho son tres: las Constituciones de los estados (actúan como norma suprema), las leyes ordinarias (ostentan el segundo grado) y el derecho judicial o *common law* (que se aplica en defecto de las anteriores).

Un último apunte relevante sobre organización antes de adentrarnos en la esencia del proceso civil americano es el papel que juegan las agencias administrativas. Desempeñan tareas relacionadas con la administración en general y en el ejercicio de sus funciones

---

PEDERZOLI, El Acceso a la Función Judicial. Estudio Comparado/El Acceso a las Profesiones Legales en la República Federal de Alemania en *Manuales de Formación Continuada*, número 13, 2001, pp. 57-80.

<sup>435</sup>Para mayor detalle, COHEN, Civil Procedure en *9 Ottawa L. Rev.* 374 1977, p. 374 y ss.

pueden, además, aprobar normativa a nivel de reglamentos, investigar, tramitar procesos o resolver disputas administrativas<sup>436</sup>.

En otro plano, es importante reseñar los motivos que llevan a fijarnos en el ordenamiento estadounidense y no en otros. Hay que constatar dos circunstancias a tal efecto: la primera hace referencia al sistema de *civil law* versus el sistema de *common law* (con las divergencias existentes entre ellos dos, como si se tratara de la cara y cruz de una moneda, aunque ahora puede hablarse de una cierta yuxtaposición) y la segunda se refiere a los rasgos definitorios del propio proceso civil americano con la fase de *discovery* como telón de fondo.

El porqué de la singularidad de esta fase de *discovery*, desde la óptica de este trabajo, lo encontramos en el hecho de que mediante esta etapa del proceso americano los litigantes pueden obtener información en poder de la otra parte. Pero además <<las partes en el proceso civil americano pueden solicitar la práctica del discovery sobre cualquier materia que no esté sometida a criterios de confidencialidad, siempre que se demuestre por el solicitante que la misma resulta necesaria para identificar los hechos debatidos -y eventualmente litigiosos- en los que los contendientes fundamentarán sus respectivas alegaciones y pretensiones en el curso del proceso>><sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup>GASCÓN INCHAUSTI, *La Justicia Civil en los Estados Unidos*, Obra Original de HAZARD y TARUFFO, Navarra, 2006, p. 70. En este sentido y para ampliar dicha cuestión, véase MARTÍ SÁNCHEZ, *Las Agencias Administrativas en Estados Unidos: en la Encrucijada de Poderes en Revista de las Cortes Generales*, número 67, 2006, pp. 98-99.

<sup>437</sup>STAMPA, *Discovery Arbitral*, Madrid, 2011, op. cit., p. 59.

Ciertamente las reglas 26 a 37 de las *Federal Rules* contienen la regulación acerca de la práctica del *discovery* (y *depositions*) a través de la exhibición documental, los testigos, los interrogatorios escritos, los exámenes físicos y mentales y los incidentes de inclusión.

Nuestro sistema, si bien perteneciente al conjunto del *civil law*, contiene determinados instrumentos con el fin de que las partes puedan solicitar la exhibición de documentos. Desarrollando lo anterior, las diligencias preliminares, las medidas de aseguramiento de la prueba o, en particular, la exhibición documental responden a tal cometido.

Sin embargo, los efectos entre estos medios y el *discovery* americano son muy distintos. En los próximos apartados, acometeremos el estudio de estas diferencias y la conveniencia de trasplantar el *discovery* al derecho español. De entrada, sin perjuicio de realizar más adelante una explicación más amplia, la respuesta me parece negativa por múltiples factores, algunos de ellos expresados en el capítulo tercero (costes elevados, excesiva duración, la neutralidad del juez, etc.). Se atenderá asimismo al tratamiento de otras fases del proceso civil americano para completar esta visión comparativa, sin olvidarnos de la regulación del *e-discovery* que, en la actualidad, goza de un destacado protagonismo. Lo mismo ocurre, en nuestro ordenamiento, con la exhibición de documentos en soporte electrónico, muy presente en nuestra sociedad cada vez más informatizada.

No quiero cerrar este marco introductorio sin dejar anotada una última cuestión de interés: el significado del término *document* en el derecho anglosajón puede responder a distintos propósitos. Ahora bien, la principal característica del mismo es que es un instrumento que contiene información. En efecto, algo que implica escritura u otros elementos, sobre todo, pensando en la proliferación y desarrollo de las nuevas tecnologías<sup>438</sup>.

## **2.2 FASES DEL PROCESO CIVIL AMERICANO. EL *DISCOVERY***

### **2.2.1 LOS *PLEADINGS***<sup>439</sup>

El proceso civil americano se inicia como el nuestro, con la interposición de la demanda y la contestación de la misma por la parte contraria. La estructura de la demanda, *complaint*<sup>440</sup>, debe seguir unos determinados presupuestos: subjetivos (identificación de los sujetos), relativos a la formulación de la pretensión procesal, la descripción de la conducta y daño ocasionado por el demandado y la petición expresa (*prayer for relief*).

Una vez fijado el objeto del proceso en los escritos iniciales (puede suceder también lo contrario, que no quede bien fijado), las pretensiones y hechos alegados en la demanda serán la base para la resolución del pleito. Pero con posterioridad, como bien sucede en

---

<sup>438</sup>MURPHY, *Evidence*, United Kingdom, 2000, pp. 552-553.

<sup>439</sup>Esta fase del proceso americano aparece regulada de la regla 7 a la 16 del Código *Federal Rules of Civil Procedure*.

<sup>440</sup>Sobre la forma de la demanda, *complaint*, vid., HAZARD (con FLEMING), *Civil Procedure*, United States of America, 1985, pp. 133 y ss.

nuestro ordenamiento, se pueden aceptar nuevas alegaciones (complementarias) o hechos de nueva noticia que se conozcan con el *discovery*. También cabe la posibilidad de acompañar a la demanda con los documentos oportunos.

Referente a la contestación del demandado, *answer*, adopta la forma de declaración de negación de unos hechos controvertidos. No es la única conducta del demandado ante la demanda. Éste puede alegar excepciones procesales o interponer reconvencción. Todos los aspectos citados, junto a la posibilidad de intervención de terceros o de un litisconsorcio en el proceso estadounidense, se asemejan a lo acontecido en nuestro procedimiento.

Siguiendo con este planteamiento, cabe destacar otro elemento de importante consideración en lo que concierne a la demanda: los *counts*, lo cual supone que cada hecho va acompañado de su fundamentación jurídica y el suplico. Además, es posible hablar de una acumulación de acciones eventual en la demanda.

De igual modo, se pueden acumular distintas formas de tutela. Y una vez interpuesta la demanda tiene lugar lo que se conoce con el término inglés *summons*, se notifica por la persona correspondiente esta interposición de la demanda y el plazo para presentar la contestación a la misma.

Cabe la eventualidad, asimismo, de modificar los *pleadings* hasta la contestación de la demanda.

En este contexto, los *pleadings*, en definitiva, tienen en cuenta cuestiones de hecho y de derecho y pueden ser definidos como proposiciones de los hechos que fundamentan la causa de la demanda del actor o la defensa del demandado.

### **2.2.2 LA FASE DEL *DISCOVERY* (*PRETRIAL PHASE*)<sup>441</sup>**

Una de las cosas que tientan más del derecho americano es el *discovery*<sup>442</sup>. Es un mecanismo que permite a las partes pedir la realización o exhibición de pruebas antes de que comience el juicio. Una parte puede solicitar la declaración de la otra o la exhibición de documentos que estén en poder de la parte contraria. Y todo ello sin la necesaria aprobación del tribunal. Los abogados toman la iniciativa por completo en esta fase del proceso americano, trasladando las peticiones de interrogatorio o exhibición a sus clientes. Puede afirmarse en tal sentido que los abogados, en el proceso de los Estados Unidos, se encuentran en primera línea ejerciendo el control sobre la preparación y desarrollo del proceso, éste es el rasgo del *adversary system* en que se constituye el proceso norteamericano<sup>443</sup>.

---

<sup>441</sup>Esta fase del proceso americano aparece regulada de la regla 26 a la 37 del Código *Federal Rules of Civil Procedure*.

<sup>442</sup>Sobre características del *discovery*, vid., MORGAN, *Discovery*, en la Conferencia, *Human Rights into the 21st Century*, University of Toronto, September, 1998. Y CHANG HUANG, *Introducing Discovery into Civil Law*, United States of America, 2003, pp. 3 y ss. Casos relevantes en materia de *discovery* pueden ser: *Case of Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Lever Bros. v. Associated Newspapers* (1907) 2 K.B. 626; *Sebright v. Hanbury* (1916) 2 Ch. 245; *Phillipps v. Phillipps* (1878) 4 Q.B.D. 127, 139, o, *Alaska v. Arctic Maid*, 135 F.Supp. 164 (D. Alaska 1955).

<sup>443</sup><<That there are significant differences between American civil procedure and the procedural systems of most civil law jurisdictions is apparent to even the casual observer. The large rol of American lawyers in the preparation and presentation of civil cases, the time-consuming and expensive discovery process, the dramatic, concentrated trial -often before the jury as audience- all appear strange and foreign to a jurist from the civil law tradition>>, en estas líneas, nuevamente, se puede observar el gran cometido de los abogados americanos en la preparación y presentación de casos civiles,

En el derecho británico, la práctica del *disclosure* se refiere a la documentación escrita. Tan es así que suele decirse que el *discovery* americano cuenta con un ámbito objetivo mucho más amplio, << no sólo circunscrito a la documentación escrita sino también a la verbal>><sup>444</sup>.

Volviendo al desarrollo del *discovery*, éste tiene como finalidad la eliminación del posible factor sorpresa (entre las partes) y la preparación del posterior juicio o, incluso, cercenarlo por acuerdo de las partes<sup>445</sup>, una suerte de audiencia previa. Así pues, la fase del *discovery* atiende a importantes finalidades: puede ser utilizada para preservar las pruebas sobre testigos que no pueden practicarse en el momento del juicio; revelar hechos o evitar posibles perjuicios<sup>446</sup>.

Como se ha señalado en la presentación, las reglas 26 a 37 de las *Federal Rules* contemplan los mecanismos que se pueden incluir dentro de la amplitud de la noción de *discovery*. Aspecto sumamente importante es que sin ser necesaria una resolución sobre su adecuación, una parte puede pedir a la otra: la identificación de testigos; las copias o versiones de documentos y datos relevantes para el pleito; todo tipo de información relacionada con el cómputo de indemnizaciones o con una póliza de seguro de interés para el litigio, y la identificación de peritos de los que pueden valerse las partes. Téngase en cuenta, igualmente, que antes del juicio, la parte

---

Von MEHREN and MURRAY, *Law in the United States*, United States of America, 2007, op. cit., p. 167.

<sup>444</sup>STAMPA, *Discovery Arbitral...*, op. cit., p. 59.

<sup>445</sup>MILÁNS DEL BOSCH, El Pre-Trial Discovery of Documents en los Litigios Internacionales en *Legal Today*, Marzo, 2009, www.legaltoday.com.

<sup>446</sup>KANE, *Civil Procedure in a Nutshell*, Estados Unidos, 2007, p. 129. Para una mayor precisión del tema ver FRIEDENTHAL (con KANE y MILLER), *Civil Procedure*, Estados Unidos, 2005, Ch. 7.

solicitada deberá entregar a la parte solicitante la identificación de los testigos que declararán en el juicio o por declaración escrita (*affidavit*) y de los documentos que se emplearán. En lo que atañe a la exhibición documental ésta institución se refiere a las solicitudes entre las partes con el fin de obtener documentación relacionada con el objeto del pleito. En una línea semejante aparece el art. 328 LEC.

El desarrollo de las pruebas se lleva a cabo por un funcionario de justicia que levanta acta. Es de interés, a su vez, resaltar que hay jueces especializados sólo para materias relacionadas con el *discovery*. A pesar de tener un ámbito objetivo muy extenso, no forman parte del mismo los hechos que carezcan de toda relevancia, que impliquen un coste elevado o si se trata de materias sujetas a inmunidad (*privilege*)<sup>447</sup>. Las deducciones de lo practicado en sede de *discovery* pueden aportarse en el posterior juicio.

Cabe reflexionar, por otro lado, sobre lo siguiente: la fase de *discovery* es muy atractiva pero no está exenta de críticas. Una de las más repetidas es un uso abusivo o fraudulento de este mecanismo para contrarrestar a la parte contraria. Pero la mala fe en esta fase del

---

<sup>447</sup><<Existen numerosos “privileges”, entre los cuales los principales son los siguientes: a) “privilege” contra la autoincriminación, que permite negarse a dar respuestas que podrían justificar la incriminación de quien responde. Este “privilege” también puede invocarse en los procesos civiles, tanto por las partes como por terceros; b) “privilege” referido a las relaciones entre abogado y cliente, que permite negarse a revelar las comunicaciones privadas con un abogado. Este “privilege” va más allá de las propias partes, pues cubre también las comunicaciones de terceros con sus respectivos abogados; c) “privilege” relativo a los productos de la actividad del abogado (también llamado “work product immunity”), que permite negarse a revelar las notas preparadas por el abogado o por el cliente en relación con el proceso (...); d) “privilege” referido a las relaciones entre médico y paciente, que ampara la negativa a revelar las comunicaciones que se hayan producido en el marco de la relación profesional entre un médico y un paciente (...)>>. Existen otros “privileges” diferentes, pero se invocan con menor frecuencia (...), GASCÓN INCHAUSTI, *La Justicia Civil en los Estados Unidos...*, op. cit., p. 128.

proceso puede verse sosegada con la imposición de penas graves (como dictar sentencia desfavorable sin celebrar el juicio, para la parte que ha actuado malintencionadamente).

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que en la realización del *discovery* se puede hablar de un concepto destacado como es la *deposition*, práctica del interrogatorio de las partes o testigos, sin la presencia del juez. Los problemas que puedan surgir al respecto serán dirimidos por los abogados o sometidos, más adelante, a la consideración del tribunal.

Junto a la *deposition* hay que situar la aportación de documentos. Igual que en el supuesto anterior es a instancia de parte. Una parte solicita de la otra todos los documentos que le resulten relevantes para sus pretensiones con el objetivo de evitar sorpresas ulteriores. Como es lógico, en determinados procesos (debido a sus características) se acumularán gran cantidad de documentos, existiendo para ello sofisticados sistemas de archivo y depósito.

Por otra parte, en la *pretrial phase* (fase preliminar que va desde la interposición de la demanda hasta la conclusión del *discovery*) pueden tener cabida peticiones que hace una parte al tribunal, conocidas con el nombre de *motions*. Estas peticiones pueden tratar sobre la competencia del tribunal, el fondo del asunto, el tipo de juicio correspondiente, etc. Lo que buscan, en definitiva, es eliminar posibles óbices procesales. Las referidas *motions*, en función del tipo que sean, podrán ser interpuestas por el demandado, el demandante o

por ambas partes. Muchas de ellas versan también sobre elementos del *discovery*.

En torno a otra cuestión, una vez concluido el *discovery* y siempre antes del juicio podría tener lugar también la *pretrial conference*, para cuestiones complejas por parte de los tribunales estatales<sup>448</sup>. Por su lado, los tribunales federales usan la *pretrial conference* como algo usual antes del juicio y para resolver determinados aspectos<sup>449</sup>.

Como sucede en nuestro proceso, las partes pueden poner fin al mismo por un acuerdo transaccional y, en virtud del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que modifica la LEC, las partes pueden llegar a un acuerdo que ponga fin al proceso a través de un procedimiento de mediación. La transacción, en el derecho americano, puede tener lugar antes del *discovery*, en el transcurso de esta misma fase (o en la *pretrial conference*), durante el juicio y una vez finalizado también. Se pueden producir, asimismo, intentos de conciliación, negociación o arbitraje (incluidos dentro de los llamados *Alternative Dispute Resolution*).

---

<sup>448</sup>Véase, MAUET, *Pretrial*, United States of America, 2005, pp. 301 y ss. y 347 y ss.

<sup>449</sup>Véase, JOLOWICZ, *On Civil Procedure*, United Kingdom, 2000, pp. 45 y ss.

**2.2.3 EL JUICIO AMERICANO Y LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA  
DOCUMENTAL<sup>450</sup>**

Hay que centrarse siquiera brevemente en el desarrollo del juicio americano y la práctica de la prueba con el objeto de seguir configurando esta visión comparativa. Así las cosas, cuando hablamos del juicio en Estados Unidos es obligado hacer referencia al *jurado* ya que en este país el juicio con jurado se utiliza tanto para el proceso penal como para el civil (en asuntos de cuantía elevada). Es una práctica habitual (sin embargo, hay juicios sin jurado que se llevan a cabo de manera similar en cuanto al *discovery*) y constitucionalmente garantizada (por el Estado federal y los diferentes estados, con la excepción de Luisiana). En tal situación, la Enmienda séptima a la Constitución de los Estados Unidos dispone el derecho a un juicio ante un jurado en los casos civiles<sup>451</sup>.

En materia de admisibilidad y práctica de la prueba hay diferencias con nuestro ordenamiento puesto que en el derecho americano existe el juicio con jurado y en nuestro sistema es el juez el que decide. El procedimiento para decidir acerca de la admisión de las diferentes pruebas se llama *law of evidence*, que se convierte en un careo entre jueces y abogados.

---

<sup>450</sup>Esta fase del proceso americano aparece regulada de la regla 38 a la 53 (*Trials*) y de la regla 54 a la 63 (*Judgment*) del Código *Federal Rules of Civil Procedure*.

<sup>451</sup>Para formar parte de este jurado es preciso estar en condiciones de ejercer el derecho a votar y, en general, se puede hablar de 12 miembros para integrarlo (si bien, en algunos estados, este número se reduce a la mitad). No es necesario un veredicto unánime de este jurado pero si se requiere de una determinada mayoría para poder emitir el fallo. Una vez seleccionado el jurado (mediante interrogatorios y exámenes) empieza el juicio propiamente dicho y la admisión y desarrollo de la prueba judicial.

Se admitirán las pruebas que no sean inútiles ni impertinentes. Asimismo, se admite el testimonio de las partes y se excluye el testigo de referencia, esto es, aquél que no tiene una apreciación directa de los hechos. Tampoco se tendrán en consideración, en sede probatoria, los diálogos entre abogado y cliente o entre médico y paciente. Y se deja a la discrecionalidad del juez la estimación de otras pruebas con cierto valor pero que aportan más bien poco sobre la certeza de unos hechos concretos. El conjunto de la práctica de las distintas pruebas forma el *case in chief*<sup>452</sup>.

A esto puede añadirse que en el particular caso de las pruebas documentales, éstas deben ser auténticas a través de testigos que las confirmen, excepto si dicha autenticidad es admitida por la otra parte. Es la parte contraria la encargada de identificar la documentación aportada mediante, por ejemplo, la muestra del documento en cuestión para que sea admitido en ese mismo momento.

---

<sup>452</sup>Véase sobre *evidence* (en términos generales), O'HARE (con N HILL), *Civil Litigation*, London, 1993, pp. 440 y ss.

### **2.3 EL E-DISCOVERY<sup>453</sup>**

En este punto, considero oportuna una explicación sobre el *electronic discovery*, porque, si se repara en lo que exige el enfoque que acabo de exponer y se advierte que las nuevas tecnologías están acaparando todo el protagonismo, se intuirá ya la singularidad que presenta el *e-discovery*. Estados Unidos fue pionero en el uso de Internet y demás medios electrónicos. En este país se cuentan por millones las personas que se conectan a diario a través de la red. Ante esta evidencia la justicia tenía que renovarse, convirtiéndose Estados Unidos en uno de los primeros países en implantar la e-justicia. Y una manifestación de la misma es el llamado *e-discovery*<sup>454</sup>.

En las *Federal Rules of Civil Procedure* (número 5) se establece la presentación y archivo de súplicas y otros papeles (*Service and Filing of Pleadings and Other Papers*) que hace referencia al mismo tiempo al

---

<sup>453</sup>Casos relevantes de *electronic discovery* y prueba digital: Ethical Issues in e-Discovery, *Wachtel v. Health Net, Inc.*, 239 F.R.D. 81 (D.N.J. 2006); Privilege Issues Arising During Electronic Discovery, *Hopson v. The Mayor and City Council of Baltimore*, 232 F.R.D. 228 (D.Md. 2005), *Victor Stanley, Inc. v. Creative Pipe, Inc.*, No. MJG-06-2662, 2008 WL 2221841 (D. Md. May 29, 2008); Admissibility of Digital Evidence, *Costantino v. Herzog*, 203 F.3d 164 (2d Cir. 2000), *United States v. Safavian*, 435 F. Supp. 2d 36 (D.D.C. 2006), *United States v. Tank*, 200 F. 3d 627 (9th Cir. 2000), *United States v. Bennett*, 363 F.3d 947 (9th Cir. 2004), *United States v. Salgado*, 250 F.3d 438 (6th Cir. 2001), *Bowoto v. Chevron Corp.*, No. C99-02506, 2006 WL 1627004 (N.D. Cal. Jun. 12, 2006), *United States v. Quinn*, 18 F.3d 1461 (9th Cir. 1994).

Otros casos federales recientes: *Playboy Enterprises, Inc. v. Welles*, 60 F. Supp. 2d 1050 (S.D. Cal. 1999), *Northwest Airlines, Inc. v. Local 2000 International Brotherhood of Teamsters, AFL-CIO et al.*, Civil Action No. 00-08 (D. Minn. Feb. 2, 2000) (Order on Defendants' Motion for Protective Order and Plaintiff's Motion to Compel Discovery), y *Simon Property Group, L.P. v. MySimon, Inc.*, 194 F.R.D. 639 (S.D. Ind. 2000). Estos casos han sido extraídos de WITHERS, *Computer-Based Discovery in Federal Civil Litigation*, an earlier version of this article appears in the *Federal Courts Law Review* at [www.fedjudge.org](http://www.fedjudge.org) (2000). Para ver más casos, SCHEINDLIN, CAPRA and THE SEDONA CONFERENCE, *Electronic Discovery and Digital Evidence in a Nutshell*, United States of America, 2009, pp. 21 y ss.

<sup>454</sup>CARRINGTON, *Technology and Civil Litigation in the United States in the Twenty-first Century* en *Electronic Justice-Present and Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law Pécs, September 23-25)*, 2010, pp. 162 y ss.

documento enviado por correo electrónico. Esta misma regla dispone que un tribunal, conforme a la regla local, puede aceptar papeles firmados, verificados o archivados por medios electrónicos<sup>455</sup>.

Al hacer referencia al *discovery* se puede hablar de un proceso de identificación, recopilación, depósito y exhibición de todos los documentos de un pleito con el propósito de preparar mejor el juicio. Pues bien, en una dirección parecida, se sitúa el término *e-discovery* para los procesos relativos a información digitalizada (en formato electrónico). Una definición más exacta del *electronic discovery* sería aquella que se refiere a cualquier proceso en donde la información almacenada electrónicamente es asegurada, localizada y buscada con la intención de usarla como prueba<sup>456</sup>. Dicha información puede estar archivada en discos duros de ordenador, redes sociales, correos electrónicos, lápices de memoria, sistemas informáticos de empresas, teléfonos, etc. En otras palabras, es una instancia previa al juicio en donde las partes intercambian información relevante para el pleito.

Por lo que se refiere a los orígenes del *e-discovery* aparecen en un típico entorno en el cual hay toneladas de información digital conservada de múltiples maneras: *e-mails*, documentos ofimáticos, archivos de audio, programas de computación, etc.

---

<sup>455</sup>Regla 5 (d) (3) *Federal Rules of Civil Procedure: A court may, by local rule, allow papers to be filed, signed or verified by electronic means that are consistent with any technical standards established by the Judicial Conference of the United States. A local rule may require electronic filing only if reasonable exceptions are allowed. A paper filed electronically in compliance with a local rule is a written paper for purposes of these rules.*

<sup>456</sup>AMBRUS, Applied Technology in Litigation Proceedings (The Electronic Discovery Reference Model) en *Electronic Justice-Present and Future...*, p. 9.

Debe tenerse en cuenta, además, que para desarrollar una estrategia ganadora en un juicio la documentación, en muchas ocasiones, es determinante. Y también, a menudo, la obtención de la información requiere grandes esfuerzos. Es preciso, por eso, ver las soluciones ofrecidas por el *electronic discovery* que pasan por obtener la información guardada electrónicamente de una manera rápida y eficaz, es decir, su objetivo es proporcionar herramientas para que la gestión de la conservación implique además la gestión de la extracción de la información.

De nuevo las opiniones negativas al respecto se centran en un uso abusivo de este instrumento y en una falta de preparación de las empresas (que suelen estar envueltas de infinidad de documentos) ante la sofisticación de muchos de estos sistemas de almacenamiento de datos, cifras, etc. Pero la realidad del momento impone el uso de estas técnicas multimedia para compartir fácilmente la información entre los litigantes y el tribunal<sup>457</sup>.

En suma, el *Electronic Discovery Reference Model* desarrolla estándares y normas para sus consumidores, los despachos de abogados, desde 2005. Las fases del *e-discovery* se concretan utilizando el modelo de referencia de la gestión electrónica de documentos y son las siguientes: *information management* (gestión de la información), *identification* (identificación), *preservation and collection* (conservación y archivo), *processing* (procesamiento), *hard copy*

---

<sup>457</sup>Algunos de los Estados que han adoptado reglas con respecto al *e-discovery* son: Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Florida, Illinois, Indiana, Kansas, Luisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Jersey, New York, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oregon, South Carolina, Tennessee, Texas, Utah, Virginia o Washington.

*documents* (impresión de documentos), *review* (revisión), *production* (producción) y *presentation* (presentación)<sup>458</sup>.

El llamado *e-discovery* se está aplicando particularmente a las directrices relativas a información médica personal, a las prescripciones de seguridad en el trabajo y a las regulaciones orientadas a la protección de los inversores, la integridad de los mercados financieros y a formación de capital. Conforme a esto, el *e-discovery* se practica sobre sistemas.

Ahora bien, existen muchísimas más fuentes-origen de elementos de prueba: *databases* (bases de datos de clientes, producción, precios, promociones o transacciones y los jueces pueden ordenar pericias que involucren la totalidad de estas bases); correos electrónicos (además del propio correo la prueba puede ser sobre los documentos adjuntos al *e-mail*); *Word processing* y *presentation files* (lo que escribimos en el PC y puede contener datos de edición, copias o borradores que no se ven en el documento material, pero que pueden ser absolutamente identificables en una pericia); *software* y código fuente (también se articulan como medio de prueba); contenidos de Internet e Intranet (se trata de los textos, gráficos y artes del código fuente que son accesibles a través del *web site*); proveedores de servicio de acceso a Internet (son los proveedores de Internet, pero también de servicios de *e-mail*, almacenamiento de mensajes, chat y cualquier modalidad de comunicación en tiempo real); servidores de fax; *Personal Digital Assistants* (pueden crear documentos, almacenar

---

<sup>458</sup>Fases extraídas del organigrama de referencia de EDRM (*Electronic Discovery Reference Model*).

*databases,...*), y teléfonos y sistemas de seguridad (en un juicio su fecha es usada para establecer cronologías y dejar al descubierto los movimientos físicos de las personas sometidas a estos sistemas de seguridad).

Y la aún mayor complejidad del caso llega con las redes sociales. *Facebook* o *Twitter* suponen nuevos quebraderos de cabeza para los departamentos legales de las compañías. Cuando se trata de información publicada en alguno de los sitios de las redes sociales, la información no está físicamente almacenada en la computadora del usuario, ni siquiera en los servidores de la compañía. Puede, incluso, no estar en los propios servidores de los titulares de medios sociales, y hallarse en un sitio de propiedad de un tercero que suministra capacidad de almacenamiento de datos<sup>459</sup>.

Volviendo a nuestro país esto nos resulta bastante desconocido. Basta ver que si ya la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal ha dado pie a numerosas críticas o que hasta hace poquísimos se amontonaban (o siguen amontonándose) en las dependencias de los juzgados una cantidad desorbitada de documentos en formato papel, un proceso como el *electronic discovery* puede sobrepasarnos por falta de técnica y formación. Nótese que uno de los mayores riesgos del *e-discovery* es el desconocimiento por parte de los abogados de este sistema que puede provocar, incluso, la eliminación de un documento relevante. Que la tecnología avanza “a paso de gigante” y que un proceso de estas características es útil para proteger información, para una mejor capacidad de reacción ante

---

<sup>459</sup>Véase BAHADUR, *Electronic Discovery, Informational Privacy, Facebook and Utopian Civil Justice...*, pp. 317 y ss.

requerimientos legales y recuperación de datos es verdad pero también lo es que hoy por hoy, en nuestro país, no estamos preparados del todo para afrontar un reto de estas características.

Según lo que estamos debatiendo, en nuestro país, resultaría tarea ardua (y costosa económicamente) establecer este mecanismo dado que sería imprescindible impartir formación para un buen uso del sistema o disponer de la tecnología *e-discovery* suficientemente sofisticada. En relación con ello, cabe destacar que de una encuesta realizada entre 5.000 abogados europeos se ha puesto de manifiesto las limitaciones en la tecnología empleada<sup>460</sup>. En España, se pueden estar llevando a cabo algunas fórmulas de gestión y conservación de la información con atisbos de semejanza pero es indudable que estamos al inicio de un trayecto de larga distancia. En este aspecto, destacar el sistema de *timestamping* (o sellado de tiempo) mediante el cual se demuestra que unos determinados datos <<han existido y no han sido alterados desde un instante específico en el tiempo, actuando una tercera parte de confianza que testifica la existencia de dichos datos electrónicos en una fecha y hora concretos>><sup>461</sup>.

Una falta de información de los abogados sobre temas de *electronic discovery* puede generar importantes obstáculos para sus clientes.

En España, debería hacerse una considerable inversión de tiempo y de dinero para lograr algo semejante al proceso electrónico

---

<sup>460</sup>Consultar la noticia entera en [www.computing.es](http://www.computing.es).

<sup>461</sup>FERRER GUILLÉN, Proceso y Nuevas Tecnologías en *La Prueba Judicial. Desafíos en las Jurisdicciones Civil, Penal, Laboral y Contencioso-Administrativa...*, op. cit., p. 374, nota a pie de página 70.

americano. De lo que no hay duda, sin embargo, es que la evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) obliga a los operadores jurídicos a adaptarse a la nueva sociedad.

Que no estamos preparados, actualmente, para afrontar este desafío es una obviedad pero, al mismo tiempo, también se han llevado a cabo significativos logros electrónicamente hablando. La implementación de la firma electrónica, la protocolización notarial del soporte original, la Administración judicial electrónica o la creación de una plataforma telemática, denominada *Lexnet*<sup>462</sup>, de intercambio de información entre distintos agentes que por su trabajo u otras circunstancias necesitan permanentemente operar con la Justicia. Ello forma parte de las nuevas estrategias de modernización de la Administración de Justicia y para usar dicha plataforma se requiere un certificado de firma electrónica reconocida, una tarjeta criptográfica y un lector de tarjetas. Se trata de diferentes logros, unidos a la apuesta por las nuevas tecnologías para conseguir que los diferentes sistemas informáticos intercambien información de una manera fluida y coordinada, y para lograr la implantación del

---

<sup>462</sup>Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones *Lexnet* para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos. Para un mayor detalle sobre *Lexnet*, GASCÓN INCHAUSTI, Electronic Service of Documents National and International Aspects en *Electronic Justice-Present and Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law Pécs, September 23-25)*, 2010, pp. 37 y ss; DE HOYOS SANCHO, Actos Procesales de Notificación y Nuevas Tecnologías en *La Ley*, número 2, 2003, pp. 1562 y ss. O MARTÍN PASTOR, Un paso importante hacia el Proceso Telemático en España: El Sistema Informático de Telecomunicaciones *Lexnet* para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos en *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente*, Vol. II (comunicaciones), Valencia, 2008, pp. 129 y ss. Acerca de las limitaciones de *Lexnet*, VEGAS TORRES, Aplicaciones Telemáticas en el Proceso Civil: las Comunicaciones Telemáticas en *Presente y Futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea...*, pp. 223 y ss.

expediente judicial electrónico en sustitución del formato papel<sup>463</sup>, así como, las propuestas de embargos telemáticos<sup>464</sup>, el esquema EJIS (Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad) que busca el máximo aprovechamiento de las TIC en la actividad judicial<sup>465</sup> o la construcción, a nivel de la UE, del Portal Europeo de E-justicia para ciudadanos y empresas y profesionales jurídicos<sup>466</sup>, que nos permiten vislumbrar un esperanzador horizonte en este ámbito, si bien todavía estamos a una distancia más que considerable de implantar algo parecido al *e-discovery* americano.

Finalmente, y debido a la íntima relación del *electronic discovery* con el *discovery*, del cual nos preguntaremos la conveniencia de trasplantarlo al derecho español y veremos que hay problemas, es necesario tener en cuenta las diferencias entre el sistema anglosajón y el nuestro aunque, con la proliferación de las nuevas tecnologías, es importante pensar en una técnica similar al modelo de referencia del *e-discovery* y que tenga encaje en nuestro sistema.

---

<sup>463</sup>Información extraída de [www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho](http://www.iustel.com/diario_del_derecho), edición de 20 de diciembre de 2011.

<sup>464</sup>PEITEADO MARISCAL, Posibles Aplicaciones Telemáticas en el Proceso Civil en *Presente y Futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea...*, pp. 270 y ss.

<sup>465</sup>A mayor abundamiento, véase AGUILERA MORALES, Hacia la puesta en funcionamiento del Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad: EJIS en *Presente y Futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea...*, pp. 426 y ss.

<sup>466</sup>Más detalles al respecto en GASCÓN INCHAUSTI, La E-Justicia en la Unión Europea: balance de situación y planes para el futuro (en diciembre de 2009) en *Presente y Futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea...*, pp. 115 y ss.

## **2.4 EL MODELO AMERICANO DE FASE DE DESCUBRIMIENTO APLICADO EN NUESTRO SISTEMA: PROBLEMAS**

En términos generales, suele decirse que las principales notas de los sistemas procesales de *civil law* son: <<la facultad del juez de proponer pruebas de oficio; la libertad del tribunal para atribuir al proceso el enfoque jurídico que considere más apropiado; una práctica rígida de los interrogatorios a testigos, en que es el juez quien hace las preguntas; un proceso civil ordenado y dirigido por el juez, así como la inexistencia de *discovery*, y la primacía de la escritura sobre la oralidad>><sup>467</sup>. Sobre la base del *discovery*, en nuestro ordenamiento puede afirmarse que existen institutos procesales que permiten la exhibición u obtención de documentos en manos del adversario o de terceros, si bien con un tratamiento y efectos que distan mucho de los del *discovery* estadounidense. Nos estamos refiriendo a las diligencias preliminares, medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba y solicitudes de exhibición documental.

Tras revisar las previsiones realizadas en los demás epígrafes y en el capítulo tercero, procede preguntarse el grado de acogida de una fase de descubrimiento como la americana en nuestro país. Es necesario preguntárselo por el “nexo” que existe entre los arts. 256 y ss., 293 y ss., y 328 y ss., todos de la LEC, con la fase del *discovery*. Por ello, deberemos efectuar precisiones respecto a la comparación de los sistemas procesales, elementos del *discovery* e instituciones de nuestro proceso.

---

<sup>467</sup>DE LA OLIVA SANTOS (con GASCÓN INCHAUSTI), Presentación de la traducción de la obra *La Justicia Civil en los Estados Unidos...*, op. cit., p. 14.

Para empezar son muchos los países que ven como esta fase es contraria a su <<soberanía, costumbres e intereses nacionales>><sup>468</sup>. Entre ellos cabe destacar Francia. En principio, todo parece indicar que la posibilidad de adoptar el *discovery* en España cuenta con importantes reticencias o peligros. No obstante, hay que seguir aportando más argumentos porque sí podrían encontrarse algunas vicisitudes para relativizar estos peligros. Una buena muestra de esto último es que estos actos que conforman el *discovery* no tienen su origen histórico en el *common law* sino en el Derecho Romano con la *interrogatio in iure* y la *actio ad exhibendum*, los mismos antecedentes de las diligencias preliminares de nuestro art. 256 LEC.

Desde hace tiempo parece existir un especial temor, entre los países europeos, al esquema que se sigue para el proceso norteamericano. Tal es el caso de Alemania<sup>469</sup>.

Entre las dificultades o riesgos para aceptar un encaje del modelo americano aquí hallamos el uso malintencionado de la etapa de *discovery* o los amplios costes de llevar a cabo la misma. Ciertamente, en EEUU el nivel de litigiosidad es distinto al de nuestro país. El talón de Aquiles de nuestro proceso es la lentitud, escasez de recursos o su elevado coste. Así las cosas, dar cobijo desde nuestro sistema a una fase con las consecuencias del *discovery* no supondría un alivio para estos puntos débiles del proceso sino todo lo contrario.

---

<sup>468</sup>MARTINET (con AKYUREK), The Perils of Taking Discovery to France en *The Practical Litigator*, september 2009, op. cit., p. 39.

<sup>469</sup>STÜRNER, La Obtención de Información Probatoria en el Proceso Civil (Gathering and Access to Evidence in Civil Procedure)..., p. 251.

No menos controvertido resulta el uso malicioso que puede hacerse, en muchas ocasiones, del *discovery*. Podemos hablar de un serio peligro al respecto porque es difícil delimitar la diferencia entre un *discovery* adecuado pero agresivo y un *discovery* malintencionado. A la vista de ello aparece un temor significativo: si cuesta trazar esta distinción, en muchos casos, no se impondrá sanción o solamente se sancionarán los casos más evidentes de mala fe, lo que se convierte en un riesgo porque las partes deberán protegerse ellas mismas, ante la falta de sanciones, generando, por ejemplo, una batalla de *discovery* que puede suponer un importante coste.

Otra diferencia desde este punto de vista que hace difícil encajar una suerte de fase de descubrimiento en nuestro país es que en el proceso americano existen provisiones de fondos cuando el *discovery* por su complejidad así lo requiere y, en cambio, en España no hay previsión sobre supeditar la exhibición a una provisión de fondos por los gastos que pudiera comportar (de búsqueda en archivos, por ejemplo).

Abriendo un paréntesis sobre esta última consideración la realidad es que, en este sentido, lo que resulta de aplicación en el sistema norteamericano podría resultar de gran utilidad en el ordenamiento español. No cabe duda de que también en el derecho español resultaría muy conveniente establecer algún tipo de provisión de fondos para ciertos supuestos en los que la exhibición documental puede entrañar elevados costes económicos, sobre todo, relacionados con lo siguiente: para la exhibición de determinados documentos puede resultar indispensable pasar mucho tiempo buscando en archivos u otros registros o, incluso, en fuentes diversas si existe un

supuesto de pluralidad de partes, de ahí la complejidad y la necesidad de esta dotación de fondos. No está de más apuntar, asimismo, que con el desarrollo de los registros informáticos la cuestión de tiempo puede verse mejorada pero determinados asuntos (en los que se maneja gran cantidad de información) pueden seguir generando el pasar importantes intervalos de tiempo recopilando datos. Esta faz del proceso americano sí sería conveniente introducirla aquí (de todas formas, la aplicación aquí de un proceso muy costoso no terminaría de gozar de gran aceptación, como ya hemos aclarado en líneas precedentes).

En el mismo sentido, podría aplicarse por analogía el art. 342.3 LEC que dispone lo siguiente: *el perito designado podrá solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento, la provisión de fondos que considere necesaria, que será a cuenta de la liquidación final. El Secretario judicial, mediante decreto, decidirá sobre la provisión solicitada y ordenará a la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad fijada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Tribunal, en el plazo de cinco días. Transcurrido dicho plazo, si no se hubiere depositado la cantidad establecida, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación. Cuando el perito designado lo hubiese sido de común acuerdo, y uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere, el Secretario judicial ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen, o de recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.*

Este cambio legislativo en relación con el peritaje y la provisión de fondos está unido a la tarea del experto que puede confluir en grandes períodos de tiempo<sup>470</sup>. Es, precisamente, lo mismo de lo que hablábamos sobre las personas que deben destinar mucho tiempo a buscar documentos en ficheros y demás instrumentos.

Otra de las polémicas que no nos permiten hablar de aplicar el *discovery* en nuestro país está relacionada con la excesiva duración (*time-consuming*) del mismo (a modo de ejemplo, algunas *depositions* practicadas en esta sede pueden alargarse semanas o para el examen de algunos documentos –en asuntos comerciales– puede tardarse días, semanas o, incluso, meses).

En un momento en el cual la necesidad de agilización procesal está a la orden del día establecer una fase que requiere mucho tiempo no estaría acorde con lo que ya aparecía, en el 2002, en la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia sobre el *derecho de los ciudadanos a una tramitación ágil de los asuntos que les afecten*.

Con medidas drásticas, en el orden civil, de la talla de la exclusión del recurso de apelación en los juicios verbales por razón de la cuantía; la supresión del trámite de preparación de los recursos devolutivos; la modificación de la cuantía del recurso de casación, o la igual supresión del límite cuantitativo del procedimiento monitorio, para equipararlo al proceso monitorio europeo, con el fin de evitar limitaciones de acceso a este procedimiento, que se ha convertido en

---

<sup>470</sup>YÁÑEZ VELASCO, El Coste del Perito en el Proceso Civil y la Efectividad de la Tutela Judicial en *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, Barcelona, 2006, p. 14 (Versión generada por V/Lex y puede ser que el número de páginas no coincida con el original).

la forma más habitual de iniciar las reclamaciones de cantidad (éstas y otras medidas previstas en la Ley de Medidas de Agilización Procesal<sup>471</sup>), se hace difícil o arriesgado pensar en introducir una fase de descubrimiento con los mismos efectos que la norteamericana.

En la línea de lo manifestado en el capítulo tercero sobre las diferencias entre el *civil* y el *common law* se pueden hallar otros razonamientos que ponen de manifiesto la dificultad de cobijar un sistema parecido al *discovery* en nuestro ordenamiento. Sin embargo, las divergencias pueden llegar a relativizarse o, mejor dicho, tienden a superarse los modelos tradicionales<sup>472</sup>. No se trata de hacer un compendio de estos dos modelos pero sí la mera constatación de sus diferencias que al final quedan reducidas a la visión panorámica de dos sistemas: europeo y anglosajón.

Partiendo siempre de ideas directrices, un sistema de *civil law* se caracteriza por la ausencia de *discovery*. Sin embargo, en nuestro proceso, viene siendo práctica habitual la solicitud de diligencias preliminares de exhibición de documentos o la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba o solicitudes de exhibición documental entre las partes o frente a terceros. Del estudio exhaustivo de todas estas figuras procesales nos ocupamos en otros capítulos.

---

<sup>471</sup>Ley 37/2011, de 10 de octubre. De interés es señalar que esta Ley 37/2011, ha modificado de manera sustancial la regulación en la LEC de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. La Ley 37/2011 ha entrado en vigor el día 31 de octubre y los recursos que se interpongan frente a las sentencias de segunda instancia que se hayan dictado a partir de esa fecha se rigen por los preceptos de la LEC modificados por la Ley 37/2011 y deben entenderse aplicables respecto de ellos los criterios de admisión que se contienen en el Acuerdo de la Sala Primera del TS sobre *criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, de 30 de diciembre de 2011.

<sup>472</sup>TARUFFO, El Proceso de "Civil Law": Aspectos Fundamentales en *Revista Ius et Praxis*, v. 12, número 1, 2006 (Versión On-line), pp. 69 y ss.

Por otra parte, cabe tomar como punto de partida de las características de los ordenamientos pertenecientes al conjunto del *common law*: el papel del juez, la fase preliminar (a la que nos estamos refiriendo en varios apartados) y los principios del proceso.

La dualidad *adversarial-inquisitorial system*, como es sabido, pese a no resultar intrascendental, se ha revelado de mucha menor importancia de la que inicialmente se le atribuía. Del tradicional papel del juez, en el así llamado modelo adversarial, como árbitro se está pasando al papel más activo del mismo, lo que en EEUU se conoce con la denominación de *managerial judge*. Como bien señala RESNIK, los jueces gozan de más poderes como resultado de sus responsabilidades como gestor del proceso<sup>473</sup>.

Si observamos cómo se desarrolla un proceso de *common law*, enseguida reparamos en un dato importante: la existencia de dos fases, *pretrial* (con el *discovery* para la exhibición de pruebas en manos del adversario como elemento destacado) y *trial* (con la *direct* y *cross examination* para la práctica de las pruebas orales).

Pero lo que ocurre, a menudo, es que la verdadera fase del proceso estadounidense es la preliminar, configurándose más que como una etapa preparatoria como una etapa de solución del litigio sin sentencia<sup>474</sup>. Bien mirado, el peso del proceso americano recae en el *discovery* (*pretrial phase*).

---

<sup>473</sup>RESNIK, *Managerial Judges* en 96 *Harv. L. Rev.* 374, 1982-1983, p. 378.

<sup>474</sup>GROSS (con SYVERUD), *Don't Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement* en 44 *UCLA L. Rev.* 1 (1996-1997), pp. 8 y ss.

Conviene advertir, también, los destacados papeles del principio de oralidad y de la institución del jurado. Así, es muy común en EEUU hablar de juicios con jurado o de la preeminencia de la oralidad sobre la escritura.

Una vez que hemos expuesto los presupuestos de los sistemas de *common law*, debemos abordar el examen de los ordenamientos de *civil law*, en particular, el caso español. Con carácter general, partimos de la base de que hay unas características delimitadas de estos últimos ordenamientos. Sin embargo, no hay inconveniente en admitir que no existe un modelo uniforme de sistemas de *civil law*. España forma parte de estos sistemas pero se ha dejado impregnar por el modelo norteamericano. Ciertamente, se ha impregnado hasta cierto punto. Con la nueva LEC el principio de oralidad pasa a tener una función destacada, los abogados (junto con el juez) son los encargados del proceso y, sobre todo, los mecanismos de obtención o exhibición de información entre las partes y en poder de terceros. Pero como se ha señalado acertadamente, la impregnación ha sido relativa: en España no rige un *adversary system* como el americano, el tratamiento de los institutos de exhibición de documentos es muy distinto al estadounidense y, a su vez, son infrecuentes aquí otros aspectos del proceso americano.

El análisis más detenido de todo lo que acabamos de comentar nos sitúa en el siguiente marco: es evidente que existen divergencias entre los modelos de *civil* y *common law*, las cuales hacen difícil o arriesgado hablar de una fase de *discovery* en nuestro proceso. Así, en nuestro lenguaje jurídico, no es nada sorprendente la celebración del

juicio y las actuaciones preliminares presentan una naturaleza preparatoria<sup>475</sup>. Ahora bien, en algunos casos, se puede llegar a una conciliación o transacción entre las partes, en la audiencia previa, que ponga fin al proceso. Cabe entender, también, que en nuestro proceso las solicitudes de exhibición de los arts. 328 y siguientes de la LEC tendrán lugar una vez se haya iniciado ya el proceso. Previamente, puede darse la institución de las diligencias preliminares para iniciar (preparar) un juicio con absolutas garantías.

Lo decisivo, además de las consideraciones iniciales de este apartado, para mantener una posición a favor o en contra de la implementación en nuestro proceso de algo similar a la fase de descubrimiento americana es el estudio de las siguientes figuras: diligencias preliminares, aseguramiento de la prueba y exhibición documental. Lo que haremos, a continuación, es una labor de comparación entre nuestro sistema y el americano a efectos de seguir determinando el encaje del *discovery* en nuestro enjuiciamiento civil.

Cabe tomar como punto de inicio las diligencias preliminares que se piden para obtener información y preparar con mayores garantías el juicio posterior<sup>476</sup>. En los ordenamientos de tipo anglosajón existen mecanismos semejantes. Ahora bien, una diferencia considerable al respecto tiene que ver con la neutralidad (o pasividad) del juez. En sede de la fase preliminar americana hay jueces que sólo se pronuncian cuando así lo requieren las partes. Otras veces, su nivel de implicación es mayor (participando en el

---

<sup>475</sup>A este respecto y en comparación, véase KIRKPATRICK, *Evidence Law in the Next Millenium* en *49 Hastings L.J.*, 1998, pp. 365 y ss.

<sup>476</sup>BANACLOCHE PALAO, *Las Diligencias...*, p. 29.

*discovery* si es necesario). En el supuesto de las diligencias preliminares, antes de proceder a su práctica, es precisa la decisión del tribunal, pronunciándose sobre si existe justa causa e interés legítimo para acceder a la pretensión y obligando al solicitante a prestar caución para responder tanto de los gastos como de los daños que pudieran producirse. Por lo tanto, aquí no se da la característica de extrajudicialidad del *discovery*.

A mayor abundamiento, el *discovery* tiene un ámbito objetivo muy amplio, incluso pudiéndose solicitar para un mayor esclarecimiento de los hechos, toda la historia clínica de una de las partes, por ejemplo para ver lo que padecía antes de que se produjera el accidente que dio lugar al pleito. En nuestro ordenamiento se plantean varios interrogantes sobre esta cuestión, entre ellos los mecanismos que tiene una parte para aportar todos los antecedentes clínicos de la otra o si está permitida la aportación de las reflexiones anotadas por el médico en el historial (ya nos hemos ocupado de ello).

Una esencial diferencia en comparación con nuestras diligencias preliminares es que el *discovery* va más allá de la recepción de medios probatorios, delimita las cuestiones objeto del litigio y examina las fuentes de prueba en poder de la contraparte. Como se ha visto, las diligencias preliminares de los arts. 256 y siguientes de la LEC no están pensadas como una institución probatoria pero, a su vez, tampoco se pueden reducir a un único objetivo dado que proporcionan una serie de elementos necesarios para preparar, con plenas garantías, la demanda. Personalmente creo que este instituto posee diferentes finalidades tales como la adquisición de información o la determinación de la legitimación pero entre las que tampoco cabe

descartar categóricamente la obtención de medios y objetos, en muchos casos documentos, que posteriormente podrán ser utilizados como prueba para acreditar los hechos constitutivos. Las diligencias preliminares dan cobijo a una gran variedad de supuestos (hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación; exhibición de cosa mueble; acto de última voluntad; historial clínico, o el contrato de seguro).

*A priori*, es una diferencia singular porque las diligencias preliminares no son un instituto probatorio pero *a posteriori* estas mismas diligencias pueden ir más allá de la finalidad que inicialmente tienen encomendada. Son esas fisuras o huecos de nuestro sistema a través de los cuales podría “colarse” el *discovery* americano en nuestro país o, mejor dicho, por los que se pueden relativizar los peligros o diferencias de aplicar este sistema aquí.

De acuerdo con el procedimiento de *discovery*, cada parte podrá efectuar solicitudes del mismo, sin previa intervención del tribunal. De esta forma, cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a su disposición. El deber de exhibición documental entre partes tiene un funcionamiento parecido. Como hemos tenido ocasión de apreciar, en virtud del art. 328 LEC, *cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos*, tratándose de una relación directa entre las mismas sin intervención inicial del tribunal, aunque sí posterior según el art. 329.2 LEC, en caso de negativa injustificada a la exhibición, el tribunal podrá formular requerimiento.

El ámbito de funcionamiento del *discovery* contempla la participación del tribunal cuando las circunstancias así lo aconsejen (si no hay colaboración de la otra parte también puede intervenir el tribunal). Igualmente se especifica que en algunos tribunales lo relativo al *discovery* es resuelto por el juez (que lo tiene encomendado específicamente). La nota predominante de la fase de descubrimiento es, sin embargo, la extrajudicialidad.

Además de esta extrajudicialidad, el *adversary system* que rige en Estados Unidos no es parecido a lo que ocurre aquí. En el *discovery*, el abogado goza de absoluto protagonismo, examinando documentación en poder del adversario procesal. En nuestro ordenamiento, el papel de los abogados es más complementario dado que el juez también dirige<sup>477</sup>.

Con el fin de delimitar adecuadamente la comparativa entre estos dos sistemas, cabe señalar más cosas sobre el procedimiento americano de exhibición de documentos. Se requiere de una descripción amplia de los documentos objeto de exhibición (en nuestro caso, debe tratarse de documentos relativos al objeto del proceso o eficacia de los medios de prueba, sin hablarse de una descripción detallada al milímetro pero en cambio sí se pone de manifiesto que a la solicitud de exhibición se acompañará copia simple del documento o la reproducción del mismo en el supuesto de no disponer de esta copia). En el proceso americano, pueden convertirse en habituales determinadas estrategias de los abogados para eludir esta obligación de exhibición.

---

<sup>477</sup>Para conocer más detalles del *adversary system* en el *common law*, CHANG-HUANG, *Introducing Discovery into Civil Law...*, pp. 3 y ss.

Si revisamos lo dicho con anterioridad, comprobaremos que los niveles de litigiosidad estadounidense son distintos a los del proceso español. Sea por las dimensiones del país en cuestión o por otros motivos de índole similar, en muchos pleitos americanos, pueden aparecer cantidades desorbitadas de papeles existiendo a tal efecto programas o, incluso, personas encargadas exclusivamente de la guarda y custodia de estos documentos. En nuestro país, no es tan usual moverse entre tales cantidades de documentos, excepto si hablamos de procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual, documentos contables, etc.

Por otra parte debe notarse que en la justicia civil estadounidense sí se prevén sanciones ante infracciones del *discovery*, ante maniobras capciosas o ante solicitudes inadecuadas. El punto cuestionable es qué ocurre ante la negativa injustificada a la exhibición. En la línea del ordenamiento español hay referencias expresas a esta cuestión (art. 329 LEC) e, incluso, se puede hablar de actuar por analogía aplicando el art. 261 (negativa a llevar a cabo las diligencias preliminares) y su controvertida medida de entrada y registro.

Negarse injustificadamente a la exhibición de documentos, en el caso americano, puede equipararse a una maniobra malintencionada con las correspondientes sanciones de reintegro de los gastos en que hubiera incurrido la parte que ha actuado honestamente, quedar decididos aspectos clave del asunto en perjuicio de la parte que ha actuado malintencionadamente o la terminación del proceso con sentencia desfavorable para esta última.

Algunas de estas sanciones presentan gran severidad pero no se habla de los mecanismos alternativos para lograr la exhibición de los que, por otra parte, se hace eco la doctrina científica española. Justamente por lo anterior, cuando una parte se niegue a exhibir (injustificadamente) se dictará una *order compelling discovery* y si persiste la actitud negativa las sanciones que se impondrán son las relatadas con anterioridad<sup>478</sup>. Es lógico, en consecuencia, destacar el art. 329.1 LEC (*en caso de negativa injustificada a la exhibición, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple o versión del documento aportada por el solicitante*) o el 329.2 LEC (*en el caso de negativa injustificada a que se refiere el apartado anterior, el tribunal, en lugar de lo que en dicho apartado se dispone, podrá formular requerimiento, mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas*).

Por último, antes de entrar a examinar otros aspectos, debemos resaltar unas materias, conocidas como *privilege*, frente a las cuales se puede rechazar una solicitud de *discovery* (relaciones entre abogado y cliente, relaciones entre médico y paciente, etc.). En nuestro particular caso, se pueden invocar como causas justificadas de negativa a exhibir el secreto profesional o la vulneración del derecho a la intimidad.

---

<sup>478</sup>ROSENBERG, Sanctions to Effectuate Pretrial Discovery en *Columbia Law Review* Vol. 58, No. 4 (Apr. 1958), pp. 480 y ss.

Las diligencias de *discovery* se dirigen a la otra parte con la excepción de las *depositions* que pueden dirigirse a terceros. A diferencia de lo que sucede en España en donde los artículos 330 y 332 contienen previsiones acerca de la exhibición de documentos de terceros (entidades oficiales) o las partes, a través del cauce de las diligencias preliminares, pueden pedir la exhibición de un documento que se halle en poder de un tercero.

En cuanto a las medidas de aseguramiento de la prueba y prueba anticipada, las primeras presentan como ámbito objetivo la conservación de materiales a efectos de poderse practicar la prueba en el tiempo procesal oportuno y la segunda, por su parte, supone el adelantamiento de la práctica de la prueba. Existe sujeción de estos institutos (sobre todo, del aseguramiento de la prueba) a requisitos contemplados en la LEC. Sentadas estas consideraciones, las diferencias con EEUU son, principalmente, que el *discovery* es anterior al juicio mientras que las medidas de aseguramiento pueden solicitarse antes de la iniciación de cualquier proceso o durante el curso del mismo.

Si hablamos de recepción de medios probatorios, el *discovery* no se limita a la prueba que en un futuro exista el riesgo de que no pueda practicarse. De nuevo el carácter extrajudicial de la fase de descubrimiento vuelve a surgir en confrontación con lo que ocurre con los institutos de prueba anticipada y aseguramiento de la prueba, en donde la intervención del tribunal es muy presente desde el inicio.

Desde esta perspectiva, podemos hablar de un tratamiento distinto (en algunos casos, con diferencias sustanciales) de los

institutos de obtención y exhibición documental que integran los dos modelos que estamos analizando.

Examinados en otro lugar del trabajo los principios de nuestro proceso civil (sobre todo el de disponibilidad) también dificultan la conveniencia de imponer el *discovery* en nuestro país. Para no ser reiterativos, cabe afirmar que nuestro proceso se basa en actos cruzados (demanda-contestación o réplica-contrarréplica) y un sistema en el que cuesta establecer la frontera entre practicar un *discovery* fraudulento y un *discovery* agresivo pero lícito y, en consecuencia, cuesta imponer sanciones y las partes deben protegerse ellas mismas no está acorde con nuestro esquema procedimental en donde las partes tienen mecanismos de oposición ante determinadas actuaciones viéndose, del mismo modo, afectado otro principio de nuestro proceso como es el de igualdad.

A partir de todas estas premisas podemos extraer la siguiente conclusión: hay motivos de gran trascendencia que obstan a la introducción de algo semejante al *discovery* en España, sobre todo si tenemos presente lo relacionado con los costes, excesiva duración (*time-consuming*), las distinciones entre *civil law-common law* y el perfil de las distintas figuras procesales expuestas. Por lo demás, soy del parecer que el ordenamiento procesal vigente en España hace innecesario, al menos en muy buena parte, traer a nuestro país dicho artículo de importación. Ahora bien, adoptando criterios más flexibles podríamos percibir la existencia de algún indicio que nos permitiría relativizar los peligros o diferencias de aplicar este sistema aquí: cabe afirmar que ya tenemos, en nuestro ordenamiento, instituciones que sirven a los mismos fines, las diferencias entre *civil* y *common law*, en

el concreto caso español, son relativas y, además, hay que tener en cuenta el común origen, en el Derecho Romano, de los actos que conforman el *discovery* y las diligencias preliminares de nuestro art. 256 LEC y, finalmente, la posibilidad de potenciar la virtualidad y eficacia del instituto de las diligencias preliminares.

En dicho sentido, no quiero terminar sin una necesaria referencia al *discovery* en los litigios internacionales. En pleitos de carácter internacional se ha considerado que la práctica de actos de *discovery*, sin la intervención de los tribunales del país requerido, suponía, sin temor a exagerar, <<un atentado a la soberanía ya que supondría usurpación de funciones judiciales>><sup>479</sup>. De especial relevancia es el texto del art. 23 del Convenio de la Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial: *Todo Estado contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación o la adhesión, que no ejecutará las cartas rogatorias que tengan por objeto el procedimiento conocido en los países de Common Law con el nombre de "pre-trial discovery of documents"*<sup>480</sup>. Dicha cláusula ha sido utilizada por algunos países, como es el supuesto de Francia, en el caso *Aerospatiale*, si bien al dictarse sentencia, las autoridades americanas declararon que los procedimientos previstos en el mencionado Convenio tenían carácter alternativo a los internos<sup>481</sup>.

---

<sup>479</sup>MILÁNS DEL BOSCH, El Pre-Trial Discovery of Documents en los Litigios Internacionales..., [www.legaltoday.com](http://www.legaltoday.com).

<sup>480</sup>RAMOS MÉNDEZ, *Arbitraje y Litigios Transfronterizos en un Foro Global*, Barcelona, 2005, pp. 282 y ss.

<sup>481</sup>*Société Nationale Industrielle Aerospatiale vs. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522, 1987.

Con frecuencia se darán conflictos entre el *discovery* y asuntos internacionales (extranjeros) puesto que si los tribunales americanos procuran imponer sus procedimientos, desconocidos en otros países que no pertenecen a la familia de sistemas de derecho consuetudinario, la situación se complicará<sup>482</sup>. Y lo también polémico es la falta de ayuda concedida por los tribunales americanos a los tribunales extranjeros en esta materia. Siguiendo en la dirección de relativizar diferencias entre ambos modelos, hay que tener presente que han operado cambios en las legislaciones de Estados Unidos y otros países, como Alemania o de nuevo Francia, que pueden provocar un acercamiento entre ambos sistemas de *civil* y *common law* (cambios relacionados con medidas coactivas o la limitación de los privilegios de reserva comercial y profesional).

---

<sup>482</sup>TROCKER, U.S.-Style Discovery for Non-U.S. Proceedings: Judicial Assistance or Judicial Interference? en *International Journal of Procedural Law-Revue Internationale de Droit Processuel*, Vol. I, 2011, pp. 299 y ss. Más información también en TROCKER, Transnational Litigation, Access to Evidence and U.S. Discovery: Exceptionalism? en *Current Topics of International Litigation*, Tübingen, 2009.

## CAPÍTULO VII

### LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL EN EL ARBITRAJE

#### 1. PUNTO DE PARTIDA DE LA CUESTIÓN

Después de acometer el análisis de la exhibición documental en sus diversas manifestaciones (el deber de exhibición documental entre partes, frente a terceros, la exhibición de documentos en poder de entidades oficiales, etc.) considero conveniente tratar sobre estas cuestiones en el marco del arbitraje.

El arbitraje es un modo de resolución de conflictos cada vez más al uso y en cuya promoción está seriamente empeñado el legislador. Una deficiente regulación de esta materia, pues, comportaría reducir su atractivo como método de resolución de conflictos<sup>483</sup>.

En otras palabras, lo que pretendo en este capítulo no es otra cosa que abordar la cuestión de la *asistencia judicial para la práctica de pruebas* del art. 33 de la Ley de Arbitraje en clara conexión con lo que viene constituyéndose como el eje central de este trabajo, la exhibición de documentos.

---

<sup>483</sup>La mediación, la conciliación (acercar posturas con la ayuda de un tercero) también son ejemplos de medios de resolución de conflictos cada vez más al uso. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, Arbitraje y Jurisdicción: Una Interacción Necesaria para la realización de la Justicia en *Derecho Privado y Constitución*, número 19, enero-diciembre 2005, p. 62.

Además del art. 33 LA, se examinará si existe la posibilidad de solicitar diligencias preliminares (de exhibición de documentos) en el arbitraje y la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba (relacionadas con la conservación de documentos) en el procedimiento probatorio arbitral con una referencia explícita a la posibilidad de adoptarlas antes del inicio del arbitraje, cuestiones todas ellas de especial relevancia y consideración para la metodología y objeto de este estudio<sup>484</sup>.

## **2. BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO PROBATORIO ARBITRAL**

Como marco introductorio téngase presente que los artículos 24 a 33 de la LA contemplan normas acerca de la *sustanciación de las actuaciones arbitrales*. En general, el procedimiento arbitral es determinado por las propias partes que *podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones* (art. 25.1) y a falta de acuerdo, será el propio árbitro quien dirigirá el arbitraje del modo que considere apropiado, comprendiendo esta potestad variadas esferas: *decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica y sobre su valoración* (art. 25.2). A tenor de lo dicho, rige en el procedimiento arbitral la llamada *autonomía de las partes*<sup>485</sup>.

---

<sup>484</sup>Del proceso y sus alternativas, PEDRAZ PENALVA, El Proceso y sus Alternativas/Arbitraje, Mediación, Conciliación en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 27, 1995, pp. 9 y ss.

<sup>485</sup>MONTESINOS GARCÍA, La Prueba en el Arbitraje (Las Nuevas Pruebas Electrónicas) en *Revista General de Derecho Procesal*, número 13, octubre 2007, p. 2. Sobre el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes, hay que destacar a SERRA

Centrándonos en la fase probatoria, ésta también aparece informada por la autonomía de la voluntad de las partes por una cuestión que obedece a la necesidad de evitar que los árbitros pongan en peligro la economía de los litigantes conviniendo pruebas costosas o, incluso, inútiles<sup>486</sup>.

Los principios que rigen en materia de procedimiento arbitral son el de igualdad, audiencia y contradicción<sup>487</sup>. Y los límites del referido procedimiento vienen establecidos en coherencia con las garantías constitucionales reconocidas en el art. 24 CE, según su interpretación jurisprudencial<sup>488</sup>.

Por lo que respecta al lugar del arbitraje, el art. 26 LA establece que lo podrán determinar libremente las partes y, en su defecto, lo harán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes. Sobre la cuestión idiomática (art. 28), se sigue un planteamiento parecido ya que las partes podrán acordar libremente el idioma del arbitraje. Y a falta de acuerdo, y cuando de las circunstancias del caso no permitan delimitar la cuestión, el arbitraje se tramitará en cualquiera de las lenguas oficiales en el lugar donde se desarrollen las actuaciones<sup>489</sup>. Este artículo, junto con otros,

---

DOMÍNGUEZ, *Naturaleza Jurídica del Arbitraje en Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 580.

<sup>486</sup>MUÑOZ SABATÉ, *El Reglamento de la Institución Arbitral a la luz de la Nueva Ley de Arbitraje en Anuario de Justicia Alternativa, Especial Ley 60/2003*, número 5, 2004, p. 59.

<sup>487</sup>En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 239/2009 (Sección 4), de 5 de mayo, fundamento jurídico segundo y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 264/2005 (Sección 14), de 30 de septiembre.

<sup>488</sup>SSTC 99/1985 de 30 de septiembre, 50/1990 de 26 de marzo y 149/1995 de 16 de octubre.

<sup>489</sup>Para conocer más acerca del lugar e idioma del arbitraje, véase VERDERA y TUELLS, *La Elección del Lugar y el Idioma en el Procedimiento Arbitral en Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XI, 1995, pp. 35 y ss.

se ha visto modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del Arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

La fecha de inicio (art. 27), la señala el momento de la recepción por parte del demandado del requerimiento de someter la controversia a arbitraje<sup>490</sup>.

---

<sup>490</sup>Téngase en cuenta el art. 5 LA: *Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:*

*Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.*

*Los plazos establecidos en esta Ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Cuando dentro de un plazo haya de presentarse un escrito, el plazo se entenderá cumplido si el escrito se remite dentro de aquél, aunque la recepción se produzca con posterioridad. Los plazos establecidos por días se computarán por días naturales.* Además, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 135/2006 (Sección 20), de 5 de abril, fundamento jurídico tercero y Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 419/2010 (Sección 4), de 22 de julio, fundamentos jurídicos primero y segundo. En último término, cabe hacer una referencia explícita al nombramiento o designación de árbitros. Según el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz, de 4 de febrero de 2004 (AC 2005/163), han de seguirse los arts. 15 y 16 LA y <<designar una lista con tres nombres, procediéndose al nombramiento por sorteo celebrado por el Secretario del Juzgado con citación de las partes>>, (fundamento jurídico sexto). En igual sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 175/2005 (Sección 4), de 22 de junio, fundamento jurídico segundo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias número 29/2008 (Sección 7), de 25 de enero, fundamento jurídico segundo y Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 178/2005 (Sección 4), de 23 de junio, fundamento jurídico primero. Y también a las costas del procedimiento arbitral con el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 110/2008 (Sección 12), de 12 de febrero. Hay que recordar que el precepto dedicado al nombramiento de árbitros se ha visto modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo (apartados primero y séptimo).

Después de esta visión preliminar sobre el procedimiento arbitral, es importante reseñar que el mismo no se caracteriza por su severidad sino, todo lo contrario, por su flexibilidad<sup>491</sup>. Sin embargo, cabe distinguir dentro del mismo tres fases: *alegaciones, prueba y decisión*<sup>492</sup>.

Enlazando con lo último expuesto, la LA contiene dos disposiciones expresas relacionadas con la prueba en sede arbitral: el nombramiento de peritos por los árbitros (art. 32)<sup>493</sup> y la asistencia judicial para la práctica de pruebas (art. 33), que será analizada en el siguiente epígrafe.

Antes de abordar el aseguramiento de la prueba en el arbitraje, es necesario preguntarnos las razones que llevan al legislador a hablar única y exclusivamente de la *prueba pericial* como medio probatorio del arbitraje. A tal efecto, la propia Exposición de Motivos de la LA es clara, *la ley establece únicamente normas sobre la prueba pericial, de singular importancia en el arbitraje contemporáneo*. Resulta evidente que uno de los motivos para regular solamente la prueba pericial es la relevancia de ésta en el arbitraje moderno. Otra de las

---

<sup>491</sup><<La *flexibilidad* de estos medios es tal que no supone violencia alguna de las formas al adaptarlos a las necesidades del caso y el decidir la dosis en que se emplean y hasta donde se llega con su uso>>, RAMOS MÉNDEZ, *El Sistema Procesal Español*, Barcelona, 2010, op. cit., p. 42.

<sup>492</sup>DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., (con DE LA OLIVA SANTOS y VEGAS TORRES), *Derecho Procesal Civil, Ejecución Forzosa, Procesos Especiales*, Madrid, 2005, p. 626.

<sup>493</sup>Art. 32 LA: *Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando los árbitros lo consideren necesario, todo perito, después de la presentación de su dictamen, deberá participar en una audiencia en la que los árbitros y las partes, por sí o asistidas de peritos, podrán interrogarle. Lo previsto en los apartados precedentes se entiende sin perjuicio de la facultad de las partes, salvo acuerdo en contrario, de aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados.*

posibles razones de esta regulación se refiere al nivel de especialización de estos peritos que puede contribuir, ampliamente, a formar la convicción de los árbitros en el caso concreto<sup>494</sup>.

El único medio probatorio al que hace mención explícita la LA es, pues, la prueba pericial<sup>495</sup>. Si bien, se hace una concesión a favor de la prueba documental al disponer, el art. 29 LA, que las partes, al formular sus alegaciones, podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos que vayan a presentar o proponer.

### **3. EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE**

Como se ha señalado en el capítulo correspondiente, con estas medidas de aseguramiento se pretende asegurar una fuente de prueba, siempre y cuando exista el riesgo de que una prueba no pueda practicarse si se ajusta a las ordinarias disposiciones de tiempo.

La novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil es que recoge dos institutos para este cometido, la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba.

---

<sup>494</sup>PICÓ JUNOY, La Prueba Pericial en el Arbitraje en *Anuario de Justicia Alternativa*, número 6/2005, febrero, p. 2 (Versión generada por V/Lex y puede ser que el número de páginas no coincida con el original).

<sup>495</sup>Para conocer más detalles del nombramiento de peritos por los árbitros, véase CUBILLO LÓPEZ, Comentario al artículo 32 de la Ley de Arbitraje, en HINOJOSA SEGOVIA (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Barcelona, 2004, pp. 157 y ss.

Los preceptos que se ocupan derechamente de la cuestión que estamos estudiando, como hemos visto, son el 293 y siguientes de la LEC.

En las páginas precedentes, hemos utilizado con profusión el argumento de que estas medidas adquieren especial significado (sobre todo, su posible adopción *inaudita parte*) para el supuesto de obtención de documentos que serán usados como prueba, en particular, documentos electrónicos.

Como se ha señalado en el mismo capítulo, lo que se pretende con ellas es evitar riesgos para el normal desarrollo de la actividad probatoria. En consecuencia, las medidas de aseguramiento son la figura clave, no sólo para el proceso sino para otros cauces como el arbitraje, con la intención de conservar documentos relevantes (principalmente los documentos electrónicos) y mantener la realidad de lo plasmado en los mismos, siempre y cuando existan situaciones de serio peligro que amenacen la integridad del documento o título en cuestión.

Todas estas cuestiones y otras ya han sido examinadas, ampliamente, en el apartado correspondiente, por lo que aquí, para no ser reiterativos, nos limitaremos a centrarnos en el estudio del aseguramiento de la prueba en el arbitraje.

El tratamiento de las medidas de aseguramiento de la prueba consistentes, por ejemplo, en el depósito o conservación de datos en soporte tradicional o electrónico con el fin de obtener una copia de los mismos, en el arbitraje se encuentra regulado, implícitamente, en el

art. 33 LA cuando establece que la asistencia judicial para la práctica de pruebas *consistirá en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros*<sup>496</sup>. En efecto, tal como hasta ahora hemos planteado la situación, las medidas de aseguramiento de la prueba tienen cabida en esta segunda parte del art. 33, dentro de *las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda practicarse*.

Es cuestionable si el legislador no habría de haber introducido alguna disposición expresa en lo relativo al aseguramiento y anticipación de la prueba. Una cosa es que rija en el procedimiento arbitral la autonomía de las partes y la naturaleza antiformalista del mismo pero cosa distinta es que se guarde silencio sobre aspectos sumamente importantes para el desarrollo procedimental. En cualquier caso, el art. 33 LA permite a las partes solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas. En otros términos, se podrán solicitar medidas oportunas para que la prueba pueda practicarse, siendo posible la adopción de medidas de aseguramiento de fuentes de prueba tales como el documento tradicional o los datos almacenados en soporte informático.

Y del articulado de la LEC tampoco se deduce objeción alguna para aplicar los arts. 297 y siguientes al procedimiento arbitral. En este orden de cosas, parece también admisible, en el arbitraje, la oportunidad que brinda el art. 298.5 de poder acordar una medida de aseguramiento sin trámite alguno de citación del demandado, ante una situación de daños irreparables o ante un caso en el que exista un

---

<sup>496</sup>BARONA VILAR (con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO), *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil...*, p. 840.

riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica.

Avala los argumentos expuestos hasta ahora la Exposición de Motivos de la LA al contemplar como ejemplos de medidas que permitan a los árbitros practicar las pruebas por sí mismos, las medidas de aseguramiento o requerimientos de exhibición de documentos, analizados en el próximo epígrafe.

Siguiendo a ORDOÑO ARTÉS, los árbitros sólo podrán instar alguna medida de aseguramiento una vez iniciado el proceso arbitral y siempre que concurra el presupuesto de pertinencia y utilidad de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda, para que después los árbitros puedan practicar las pruebas por sí mismos<sup>497</sup>.

Cuestión distinta aunque conexas es la posibilidad de adoptar diligencias preliminares y medidas de aseguramiento de la prueba antes de iniciar el arbitraje. A ello dedicaremos el final de este capítulo.

---

<sup>497</sup>ORDOÑO ARTÉS, Asistencia Judicial para la Práctica de la Prueba en la Ley de Arbitraje, en GONZÁLEZ MONTES (coord.), *Estudios sobre el Arbitraje: los temas claves*, Madrid, 2008, p. 124.

**4. EL OBJETO DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN LA LEY DE ARBITRAJE. APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 328 A 330 LEC, RELATIVOS A LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL**

Se quiere abordar ahora un aspecto importante del procedimiento arbitral: *la intervención judicial*. A pesar de tratarse de un cauce alternativo al proceso judicial, el arbitraje puede precisar del auxilio de los tribunales. Se ocupa de la llamada intervención judicial el art. 7 LA, exigiendo que ésta sea mínima y sólo para los casos en que esta ley así lo establezca. Con arreglo al art. 8 LA, además de la determinación del tribunal competente para las funciones de apoyo y control del arbitraje<sup>498</sup>, se pueden extraer los concretos supuestos de intervención jurisdiccional: a) nombramiento y remoción judicial de árbitros; b) asistencia judicial en la práctica de pruebas (el consabido art. 33 LA); c) la adopción judicial de medidas cautelares<sup>499</sup>; d) ejecución forzosa del laudo; e) la acción de anulación del laudo, y f) el

---

<sup>498</sup>A propósito de ello, vid. MORENO CATENA, Análisis Crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje en *Estudios de Derecho de Arbitraje. Examen Crítico de la nueva Ley de Arbitraje*, San Sebastián, 1988, p. 199.

<sup>499</sup>Destacaremos algunas sentencias sobre algunos de los supuestos del art. 8, sólo algunos supuestos porque no se trata del objeto de este estudio. Sobre la competencia judicial en materia de medidas cautelares, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 55/2010 (Sección 15), de 4 de marzo y Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 946/2005 (Sección 5), de 19 de septiembre.

<sup>499</sup>Sobre la competencia judicial en materia de ejecución forzosa del laudo véase Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 178/2010 (Sección 9), de 22 de julio, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 139/2007 (Sección 12), de 1 de marzo, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 234/2007 (Sección 18), de 13 de noviembre, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 147/2006 (Sección 12), de 1 de marzo, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 73/2008 (Sección 20), de 13 de febrero, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 191/2010 (Sección 25), de 22 de octubre y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 255/2004 (Sección 21), de 19 de octubre. Hay que tener presente que este artículo 8 LA se ha visto modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo (apartados primero, cuarto, quinto y sexto).

reconocimiento de laudos extranjeros. Como se ve, nada se dice al respecto de la posible adopción de diligencias preliminares.

De todos estos casos de intervención alguno como la asistencia judicial en la práctica de pruebas será analizado a continuación en conexión con la exhibición documental entre las partes y frente a terceros de los arts. 328 a 330 y 332 LEC.

Conviene dejar constancia desde un principio que en el procedimiento arbitral rige la autonomía de la voluntad y que <<allí donde no alcance esta autonomía, no llegará el poder del árbitro y se tendrá que recurrir a la asistencia judicial para que el citado órgano arbitral pueda acceder a esa esfera no dispositiva o sobre la que no ha mediado consentimiento>><sup>500</sup>.

Este art. 33 LA, cuyos antecedentes se remontan al art. 27 de la Ley Modelo, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985, sobre arbitraje comercial internacional<sup>501</sup> o la más reciente Ley 36/1988 de Arbitraje, emplea el término asistencia en lugar de auxilio, acertando de lleno con la nueva denominación porque de lo que se trata es de que el arbitraje sea conocido como un mecanismo alternativo al proceso judicial y de ahí que el término *asistencia* esté en consonancia con la mínima intervención jurisdiccional del art. 7 LA. El término *auxilio*, por su significado de amparo, denota algo menos acorde con lo pretendido en este art. 7.

---

<sup>500</sup>MARTÍNEZ GARCÍA, Comentario al artículo 33 de la Ley de Arbitraje, en BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2004, op. cit., p. 1103.

<sup>501</sup>Ley Modelo UNCITRAL.

La aplicación del art. 33 LA exige, aunque no se diga expresamente, que los árbitros acudirán a la asistencia judicial cuando no puedan valerse por sí mismos. En caso contrario, si los árbitros pueden valerse por sí mismos, se vuelve innecesario este recurso a la intervención judicial<sup>502</sup>. Asimismo, del tenor literal de este art. 33 se desprende en qué consistirá esta colaboración, disponiendo que *los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.*

El mismo precepto añade otras consideraciones al establecer que *si así se solicitare, el Tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección. En otro caso, el Tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes. En ambos supuestos el Secretario judicial entregará al solicitante testimonio de las actuaciones.*

La LA actual ha supuesto un conjunto de mejoras respecto de la LA de 1988. A modo de ejemplo cabe citar la ampliación de la legitimación para solicitar la asistencia (los árbitros o cualquiera de las partes) o la armonía de los preceptos de la actual ley en relación con el juez competente para prestar la colaboración (la anterior ley no

---

<sup>502</sup>En este sentido, véase CUBILLO LÓPEZ, Comentario al artículo 33 de la Ley de Arbitraje en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje...*, p. 163.

gozaba de esta armonía por una falta de correspondencia entre los arts. 27 y 43)<sup>503</sup>.

Pero no sólo por las mejoras se ha caracterizado esta nueva LA, también son protagonistas sus silencios sobre la regulación de los distintos medios de prueba, con la salvedad de la prueba pericial, o la forma de la solicitud de asistencia. En efecto, el art. 33 LA nada dice al respecto de si la solicitud debe presentarse de manera escrita u oral, qué sucede ante la negativa a prestar la colaboración o cuáles serán las vías a seguir para impugnar la resolución judicial que desestime la asistencia. Aquí lo que verdaderamente nos interesa es la relación de este art. 33 LA con la exhibición documental regulada en la LEC, por este motivo, no abundaremos en esta cuestión y sólo dejaremos apuntadas algunas de las soluciones a que ha llegado la doctrina científica para superar estas reservas legales. En lo relativo a la solicitud de asistencia, se opta por no dejar los requisitos de forma de dicha solicitud al libre albedrío de las partes, ni de los árbitros, <<sino que deben estar reglados>><sup>504</sup>. Y referente a las vías de impugnación de la resolución que deniegue la colaboración para la práctica de una prueba, podemos remitirnos al régimen de la LEC (art. 287.2 LEC, recurso de reposición) y el control de legalidad de la

---

<sup>503</sup>El art. 27 disponía que *los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez de Primera Instancia del lugar donde se desarrolla el arbitraje, para la práctica de aquellas pruebas que no puedan practicar por sí mismos, y conforme a lo prevenido en el art. 43*. El art. 43 establecía que *el auxilio han de solicitarlo los árbitros por escrito al Juez de Primera Instancia del lugar en donde ha de efectuarse la citación judicial u ordenarse la diligencia probatoria*.

<sup>504</sup>LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Comentario al artículo 33 de la Ley de Arbitraje, en GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Madrid, 2004, op. cit., p. 820.

prueba corresponde al Tribunal de acuerdo con los arts. 11 LOPJ y 7 CC (además de los arts. 283 y 287 LEC)<sup>505</sup>.

Para terminar con este paréntesis y antes de acometer el estudio de la exhibición documental propiamente dicha en el arbitraje, hay que hacer referencia a que <<el órgano jurisdiccional al que se le solicita el auxilio debe controlar también su competencia objetiva (...)>><sup>506</sup>.

Realizadas estas notas preliminares llegamos al momento de hablar del alcance de la asistencia judicial en conexión con la exhibición documental regulada en la LEC.

Este alcance de la colaboración judicial puede ser diverso, <<siendo carga del solicitante -árbitro o parte procesal- la individualización de la concreta actuación que se requiere del tribunal>><sup>507</sup>.

Como decíamos antes, el art. 33 LA dispone que la asistencia de la que hablamos consistirá en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros. En tales términos, estas concretas medidas hacen referencia, según la propia Exposición de Motivos de la LA, a las medidas de

---

<sup>505</sup>ORDOÑO ARTÉS, *Asistencia Judicial para la Práctica de la Prueba en la Ley de Arbitraje...*, p. 126. Más detalles sobre esta cuestión en PÉREZ GARCÍA, *Impugnabilidad de la Delegación de Auxilio Judicial para la Práctica de las Pruebas. Situación Actual y Desideratum en RCEA*, 1999, pp. 369 y ss.

<sup>506</sup>MARTÍNEZ GARCÍA, *Comentario al artículo 33 de la Ley de Arbitraje...*, op. cit., p. 1110.

<sup>507</sup>SENÉS MOTILLA, *La Intervención Judicial en el Arbitraje*, Pamplona, 2007, op. cit., p. 66.

aseguramiento de la prueba o requerimientos de exhibición de documentos a los árbitros dirigidos a las partes o a terceros (arts. 328 a 330 y 332 LEC). Igualmente, estas medidas pueden ir destinadas, en base al art. 333 LEC, a la extracción de copias de documentos que no sean escritos (a presencia del Secretario Judicial que dará fe de ser fiel y exacta reproducción del original).

Así pues, adoptadas las particulares medidas por el tribunal para que la prueba pueda realizarse ante los árbitros se considerará prestada la colaboración y el Secretario Judicial entregará al solicitante testimonio de las actuaciones.

En su momento ya analizamos, con especial detenimiento, las premisas de la exhibición documental entre partes (que encuentra sus raíces en el principio de la buena fe procesal)<sup>508</sup> y frente a terceros (basada en el art. 118 CE y el deber de colaboración)<sup>509</sup>. No volveremos a insistir en ello sino que dejaremos anotadas algunas de las conclusiones anteriormente expuestas, empezando por la necesidad de establecer que los terceros, a diferencia de los litigantes, no tienen, en principio, interés en el proceso. En el marco de la exhibición documental regulada por la LEC, cabe afirmar que el deber de exhibición documental entre partes (con sus presupuestos relacionados en el art. 328 LEC) se configura, inicialmente, como una carga procesal cuyo levantamiento evitará que el litigante requerido sufra las consecuencias de la presunción del art. 329.1 LEC, *atribución de valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la*

---

<sup>508</sup>SERRA DOMÍNGUEZ, La Prueba Documental en *Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil...*, p. 252.

<sup>509</sup>Véase, en igual sentido, RIVELLES ARELLANO, La Prueba Documental en *Estudios sobre la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil...*, p. 225.

*exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado. Y, en segundo lugar, siguiendo los postulados del art. 329.2 la exhibición se tornará un deber.*

Referente a la exhibición por terceros, ésta se presenta como un deber.

Los efectos de la negativa a exhibir, la repercusión de ambas clases de exhibición o el contenido del art. 332 LEC son otras cuestiones que ya han sido tratadas.

Hasta aquí he analizado de modo gráfico, por no ser específico del arbitraje, la regulación que, conforme a la LEC, rige en materia de exhibición documental en el proceso judicial. En el procedimiento arbitral no hay obstáculo alguno para la remisión a estos preceptos de la LEC. De hecho, en el procedimiento arbitral, también es necesario remitirse a la LEC para otras cuestiones como las medidas de aseguramiento de la prueba y prueba anticipada o las medidas cautelares<sup>510</sup>. Estas normas de la LEC serán de aplicación, en el arbitraje, cuando una de las partes pretenda introducir en el procedimiento un documento que no se halla en su poder<sup>511</sup>.

---

<sup>510</sup> Siguiendo a BARONA VILAR, <<es cierto que el arbitraje comporta un nacimiento contractual, establecido en la Ley de Arbitraje y sólo en lo que no encuentra respuesta en la misma, cabe acudir al Código Civil>>, *Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Pamplona, 2006, op. cit., p. 275.

<sup>511</sup> Según GUTIÉRREZ SANZ, <<los árbitros, carentes de *potestas*, tendrán que recurrir al juez para que este adopte las medidas oportunas para que la prueba pueda practicarse>>, La Asistencia Judicial en Materia Probatoria en el Arbitraje de Consumo a partir de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje en *Estudios sobre Consumo*, número 75, 2005, op. cit., 46.

Pese a lo dicho, algún autor, como es el caso de ORDOÑO ARTÉS, ve preferible que, antes de recurrir a la LEC y cuando la parte del arbitraje se niegue a exhibir o aportar un documento solicitado por la otra parte, se apliquen <<las reglas de la carga de la prueba del art. 31 LA>><sup>512</sup>. En concreto, su apartado c), que reza como sigue: *salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros (...) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan*. A los sujetos con la condición de terceros, precisamente por esta condición que ostentan, no les sería de aplicación lo dicho y habría que acudir a la petición de asistencia judicial y al art. 330 LEC.

El procedimiento arbitral, flexible y desprovisto de formalidades, actúa como alternativa al proceso judicial y de ahí que la intervención judicial sea mínima. De lo contrario, no se lograría dicho carácter alternativo. Se trata de un procedimiento, asimismo, que cuenta con su propio régimen legal y sólo para lo que no esté dispuesto en la LA se acudirá a otras normas como el Código Civil o la LEC. Sin embargo, creo que este artículo (31 LA), tal y como su rúbrica indica, sólo establece que la rebeldía no suspenderá el procedimiento, lo cual nada tiene que ver con el instituto de la exhibición documental. Opino, en consecuencia, que dicho instituto debe operar, siguiendo los cauces de la intervención judicial, del mismo modo en el arbitraje que en el proceso judicial. También en éste podrían hacerse operar las reglas de la carga de la prueba. Sin embargo, no se prescinde del requerimiento de exhibición. Entre

---

<sup>512</sup>ORDOÑO ARTÉS, Asistencia Judicial para la Práctica de la Prueba en la Ley de Arbitraje..., op. cit., p. 123.

otras cosas, porque la carga de la prueba recaerá con frecuencia en el litigante que pide la exhibición.

## **5. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN EL ARBITRAJE: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA***

El final de este capítulo lo dedicaremos a una de las principales objeciones que cabe realizar en el procedimiento arbitral, *la solicitud de diligencias preliminares antes del inicio del arbitraje*.

Esta cuestión no se presenta cuando se trata de adoptar medidas cautelares con anterioridad a las actuaciones arbitrales porque el art. 11.3 LA no deja ninguna duda al respecto al establecer que *el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas*<sup>513</sup>. Sin olvidarnos, por supuesto, de la <<decisión arbitral cautelar que ampara el artículo 23 LA>><sup>514</sup>.

Para un análisis algo más detallado, me parece que es conveniente señalar dos aspectos:

En primer lugar y, como ya dijimos a su tiempo, del art. 8 LA pueden extraerse los particulares supuestos de intervención jurisdiccional.

---

<sup>513</sup>En igual sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 55/2010 (Sección 15), de 4 de marzo, en su fundamento jurídico tercero.

<sup>514</sup>BARONA VILAR, Adopción Judicial de Medidas Cautelares, en BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre...*, op. cit., p. 281.

Y, en segundo lugar, suele decirse que este artículo presenta un carácter de *numerus clausus* porque del tenor literal del art. 7 LA, en relación con este art. 8, se deduce una intervención mínima judicial, circunstancia que hace pensar que la lista del art. 8 es cerrada.

En este contexto, se produce una situación de silencio de la LA al respecto de una eventual solicitud de diligencias preliminares. Ha de advertirse, asimismo, que la opción que sigue el art. 7 LA (principio de intervención judicial mínima) se constituye como un obstáculo para la interpretación analógica del art. 8 LA.

Al respecto de las medidas de aseguramiento de la prueba, una vez iniciado el arbitraje, y de la exhibición documental, como ya dije antes, no existe esta orfandad legal puesto que la LA (mejor dicho, su Exposición de Motivos) dispone que pueden adoptarse como medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.

Lo analizado forma parte de la regulación existente en materia de arbitraje pero si se pretende potenciar este método de resolución de conflictos, a mi parecer sería de *lege ferenda* conveniente dotarlo de las mismas oportunidades que el proceso judicial, pudiéndose solicitar diligencias preliminares en el marco del arbitraje.

Mi opinión se funda en la necesidad de evitar una deficiente regulación de los institutos de las diligencias preliminares, aseguramiento de la prueba y exhibición documental que reduzca el atractivo del arbitraje como alternativa al proceso. Trataré de explicar esta conclusión con los razonamientos adecuados.

Como se ha comprobado en capítulos precedentes, definimos el término *diligencias preliminares* como medidas de investigación de hechos para formular futuras afirmaciones en un juicio<sup>515</sup>. O actuaciones dirigidas a preparar mejor el proceso posterior<sup>516</sup>. El cauce de las diligencias preliminares será utilizado por el actor para recabar documentos, declaraciones o la exhibición de cosas y así preparar, con absolutas garantías, la demanda. Y es preciso señalar que tanto en el procedimiento judicial como en el arbitraje opera también el instituto de la cosa juzgada: si se demanda sin el apoyo de la prueba documental pertinente se sucumbe al pleito definitivamente. Así pues, queda patente la conveniencia de regular la solicitud de diligencias preliminares en el arbitraje para evitar una situación de desprotección de un determinado sujeto que se encuentra sometido, por un lado, a un método extrajudicial y, por otro lado, se ve impedido para obtener los datos necesarios para ejercitar con éxito sus pretensiones (por esta falta de regulación expresa).

Existen diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que se decantan a favor de la compatibilidad de las diligencias preliminares con el arbitraje. Es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares número 157/2005 (Sección 3), de 14 de octubre o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2), de 27 de febrero de 2001. Ese Auto, en su fundamento jurídico tercero, dispone lo siguiente: <<esta Sala considera que la existencia de la cláusula vigésima del contrato, de sumisión al arbitraje, no impide la solicitud por una de las partes de las diligencias preliminares, toda vez que se trata de una fase anterior al juicio, y que no implica

---

<sup>515</sup>MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de Prueba Judicial Civil...*, p. 46.

<sup>516</sup>BANACLOCHE PALAO, *Las Diligencias...*, pp. 17 y ss.

contienda, refiriéndose el artículo 257 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la competencia territorial del juez de Primera Instancia para resolver las solicitudes de diligencias preliminares (...)»>. Sin necesidad de ninguna interpretación por analogía, podrían aceptarse estas diligencias preliminares (exhibitorias de documentos o de otra clase) en el arbitraje porque no constituyen un verdadero proceso judicial sino que son utilizadas para iniciar un proceso con absolutas garantías, consiguiendo información acerca de la personalidad del futuro demandado o de otros extremos que quien pretende demandar precisa conocer. Extremos entre los que no cabe excluir, asimismo, información sobre documentos que puedan constituir prueba sobre los hechos controvertidos en un futuro proceso.

Igualmente, la doctrina científica también se ha manifestado sobre ello. En este último sentido, cabe destacar a MARTÍNEZ GARCÍA que afirma que si en la LEC no se ha hallado impedimento alguno para adoptar medidas cautelares anteriores al proceso cuando la institución arbitral todavía carece de *imperium*, no debe ser obstáculo tampoco para las diligencias preliminares ni para la anticipación y aseguramiento de la prueba<sup>517</sup>. Y es que en torno a las medidas de aseguramiento de la prueba, por otra parte, también se suscita polémica. A diferencia de lo que ocurre con las diligencias preliminares, la LA contiene referencias sobre estas medidas de aseguramiento una vez iniciado el proceso.

La solución pasaría por lo apuntado por la jurisprudencia. Es decir, las diligencias preliminares son una fase anterior al juicio y que

---

<sup>517</sup>MARTÍNEZ GARCÍA, *El Arbitraje en el Marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002, p. 183.

no implica contienda lo que no impediría, en el arbitraje, la solicitud por una de las partes de alguna de estas diligencias. Resultaría acertado, a tal efecto, proceder como en el caso de las medidas de aseguramiento de la prueba y la exhibición documental y aplicar los arts. 256 y siguientes de la LEC al arbitraje.

Con independencia de la propuesta que se acaba de exponer cabría plantearse la necesidad de una regulación expresa del instituto de las diligencias preliminares en el arbitraje. La Exposición de Motivos de la LA contiene referencias sobre la exhibición documental y el aseguramiento de la prueba. A la vista de la compatibilidad entre el cauce arbitral y una suerte de diligencias preliminares y de la necesidad de una regulación no deficiente de esta materia para que el arbitraje sea considerado un modo de resolución de conflictos atractivo, creo que sería preferible que la LA tuviese una regulación acerca de las consabidas diligencias.

Me parece útil concluir este capítulo proponiendo una fórmula concreta de regulación, que pueda acercarse al texto de una posible futura reforma de la LA y que contenga, en el formato propio de un texto legislativo, la tesis ahora expuesta. Tal fórmula, podría incluirse en el art. 11 LA relativo al *convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal* y se opta por ofrecer una formulación concreta sin ánimo de mayor exhaustividad:

*El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.*

*El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda en las pretensiones que se tramiten por el procedimiento del juicio ordinario, o en los diez primeros días posteriores a la citación para vista, para las que se tramiten por el procedimiento del juicio verbal. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.*

*El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.*

*Asimismo, la cláusula de sumisión al arbitraje no impedirá, con anterioridad a las actuaciones arbitrales, la solicitud de diligencias preliminares.*

Por otra parte, en la redacción propuesta podría insertarse, igualmente, la posibilidad de solicitar una medida de aseguramiento con anterioridad al arbitraje. Verdad es que las medidas de aseguramiento de la prueba guardan cierta semejanza –ciertamente no conceptual- con las medidas cautelares, en cuanto a los presupuestos en que se sustentan. Ambos institutos comparten la nota de instrumentalidad. <<Las medidas cautelares pueden solicitarse u obtenerse cuando se ha incoado el proceso principal o con carácter previo a la incoación del proceso principal, pero condicionando la eficacia y pervivencia de las medidas a que la demanda se presente en determinado plazo>><sup>518</sup>. Con las medidas de aseguramiento ocurre algo parecido, es decir, *cuando las medidas de aseguramiento de la prueba se hubiesen acordado antes del inicio del proceso, quedarán sin efecto si el solicitante no presenta su demanda en el plazo de*

---

<sup>518</sup>DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., (con DE LA OLIVA SANTOS y VEGAS TORRES), *Derecho Procesal Civil, Ejecución Forzosa, Procesos Especiales...*, op. cit., p. 386.

*veinte días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas de aseguramiento acordadas* (art. 297.4 LEC).

Sin embargo, no debe olvidarse que son dos figuras muy distintas. Suele destacarse como una de las principales diferencias entre ambas el hecho de que en el caso de las medidas cautelares existe un verdadero procedimiento cautelar, una suerte de *tertius genus* entre el declarativo y el ejecutivo<sup>519</sup>. Pero dicha afirmación no está exenta de ser cuestionada. Así, ARMENTA DEU, entre otros, afirma que no se trata de un proceso independiente<sup>520</sup>. Personalmente creo que, como bien dice esta última autora, no se trata de un proceso propiamente dicho sino de un proceso que complementa el declarativo y el ejecutivo.

La razón es que, según la doctrina procesalista, si no hay óbice alguno para adoptar medidas cautelares con anterioridad a las actuaciones arbitrales, no deber haber obstáculo alguno tampoco para la anticipación y aseguramiento de la prueba.

---

<sup>519</sup><<La doctrina se mostraba dividida al respecto. Frente a quienes mantenían la expresión “medidas cautelares”, nunca proceso cautelar, con un común nexo de unión entre aquéllas: la instrumentalidad en relación con el proceso principal, siendo incidente del proceso de declaración o medio de aseguramiento del de ejecución, otro sector doctrinal postulaba que la actividad jurisdiccional cautelar es un verdadero proceso cautelar, autónomo, pese a que se mantenga la instrumentalidad respecto de los procesos de declaración y de ejecución. La razón de ser de esta última posición obedece a que la pretensión procesal, objeto del proceso cautelar, es distinta de la del proceso principal, lo que, entre otras razones, provoca y exige un tratamiento específico en relación con su regulación. Tan es así que en la LEC se delimitan reglas especiales de competencia, de actuaciones en el proceso, como la referida a la necesidad de audiencia con carácter previo como regla general, al desarrollo de la vista, al régimen de recursos, etc. Todo ello supone la implícita asunción del concepto “proceso cautelar” y su configuración como modalidad de tutela jurisdiccional (art. 5), con un tratamiento procesal específico de los elementos objetivos, subjetivos y de la actividad>>, BARONA VILAR (con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO), *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil...*, op. cit., pp. 665-666.

<sup>520</sup>ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil, Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales...*, p. 474.

Por tanto, todo indica que solicitar una medida de aseguramiento antes de las actuaciones arbitrales resulta un modo de proceder lógico, al igual que solicitar una diligencia preliminar, por las reflexiones que se destilan en este último epígrafe.

Sigo opinando, sin embargo, que es preferible regularlo en la LA, en particular, en su art. 11 relativo al convenio arbitral. O, en el supuesto concreto de las medidas de aseguramiento de la prueba, en el art. 33.1 LA, en donde aparecen implícitamente recogidas estas medidas, podría contenerse, con la precisión de un texto legislativo, la siguiente formulación:

*Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.*

*Lo previsto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la facultad de las partes para solicitar del tribunal competente la adopción de alguna de estas medidas con anterioridad a las actuaciones arbitrales.*

A modo de conclusión, y retomando el tema de las diligencias preliminares, si se teme que la petición de una diligencia preliminar puede dar lugar a solicitudes temerarias, abusivas o desproporcionadas, siempre cabría acudir al art. 256.3 LEC, tal vez reforzado respecto del arbitraje, condicionando las consecuencias de las diligencias a la prestación de una caución y disponiendo su

pérdida en el caso de que finalmente no se inicie el proceso arbitral. En cualquier caso, el riesgo de peticiones infundadas no es en el arbitraje mayor que en el proceso judicial.

## **CAPÍTULO VIII**

### **LA EXHIBICIÓN INTERNACIONAL DE DOCUMENTOS**

#### **1. COOPERACIÓN JUDICIAL PARA OBTENER LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL DENTRO DEL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA**

##### **1.1 LÍNEAS GENERALES**

Como ya se ha adelantado en un inicio, las partes tienen reconocido el *derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa*. Más no se agota aquí lo relacionado con este punto. En algunos supuestos, puede suceder que las partes, para lograr la convicción del tribunal, pretendan obtener una prueba del extranjero. No es nada extraño lo que se acaba de exponer. Con la creación de la Unión Europea, muchos son los bienes, servicios y personas que circulan con absoluta libertad entre los diferentes Estados miembros. Así las cosas, es una evidencia que el número de procesos con elementos internacionales se ha elevado considerablemente, en los últimos años, al igual que las políticas sobre cooperación judicial internacional<sup>521</sup>. Y es que, la Unión Europea <<se ha constituido en un espacio de libertad, seguridad y justicia, sin fronteras interiores,

---

<sup>521</sup>En este sentido, véase IGLESIAS BUHIGUES, La Cooperación Judicial en materia Civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam en *Revista General de Derecho*, 1998, pp. 5847 y ss.

dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros (...)>>><sup>522</sup>.

En otras palabras, <<cada vez son más frecuentes los casos en que los elementos probatorios necesarios para la celebración de un proceso se encuentran en un Estado diferente de aquel en el que se está llevando a cabo, lo que hace necesario, para que el Estado pueda procurar la tutela judicial efectiva a sus ciudadanos, que sea imprescindible la colaboración de los órganos del Estado en cuyo territorio se deban practicar las pruebas>><sup>523</sup>.

Además, con el Plan para la Modernización de la Justicia 2009-2011 se persigue lograr un servicio público de calidad, una justicia profesional y altamente cualificada, una justicia tecnológicamente avanzada –ya lo hemos comprobado y lo seguiremos haciendo–, un servicio orientado a las personas y una mayor cooperación jurídica internacional.

En el presente trabajo se ofrece una visión global de la obtención y exhibición de documentos, examinando particularizadamente sus características y aspectos problemáticos, y en este estudio no podemos dejar a un lado y, menos tras lo expuesto en estas líneas generales, al estudio de la obtención y exhibición

---

<sup>522</sup>IGLESIAS BUHIGUES (con CALDERÓN CUADRADO), Acceso a la Justicia y Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión (Unión Europea y España), en ARANGÜENA FANEGO (coord.), *Cooperación Judicial Civil y Penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada, 2011, op. cit., p. 4.

<sup>523</sup>CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, El Respeto de la Oralidad y los Principios Procesales en la utilización de la Videoconferencia para la Obtención de Pruebas en materia Civil en la Unión Europea en *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente...*, op. cit., p. 175.

internacional de documentos. Todo ello creo conveniente examinarlo, una vez sentadas las bases de la exhibición documental.

Como se ha dicho, el nacimiento de la UE ha impulsado un movimiento progresivo, entre distintos países, de personas y bienes. Los orígenes de la llamada cooperación entre Estados se sitúan, a nivel internacional, en el Tratado de Montevideo de 1889, sobre derecho civil internacional.

Los antecedentes de la cooperación judicial en materia civil en la Unión Europea se sitúan en el Tratado de Ámsterdam de 1997. En el art. 65 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) se contemplan las medidas en el particular ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza: *mejora y simplificación del sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, de la cooperación en la obtención de pruebas y del reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales*<sup>524</sup>.

---

<sup>524</sup>Más medidas: *fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción y eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.*

En relación con ello, se han dictado la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles; el Reglamento número 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia; el Reglamento número 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes; el Reglamento número 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil; el Reglamento número 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; el Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil; el Reglamento número 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo

A escala europea, también cabe destacar el Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo, sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil o el Convenio de la Haya, de 18 de marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil.

En consecuencia, dedicaremos los próximos epígrafes de este capítulo a abordar el estudio de alguna de estas normativas y del Libro Blanco-Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (COM (2008) 165 final), cuyo contenido resulta de interés en el marco del presente estudio. E indudablemente nos ocuparemos del procedimiento de obtención de pruebas (en particular, documentos) en el proceso civil en Europa.

## **1.2 LEY APLICABLE EN LOS LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS**

En virtud del art. 3 de la LEC, *con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles*

---

europeo para créditos no impugnados; el Reglamento número 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, y el Reglamento número 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. Para un estudio en profundidad sobre estos textos, véase AAVV, DE LA OLIVA SANTOS (dir.), CALDERÓN CUADRADO, GASCÓN INCHAUSTI, SENÉS MOTILLA y VEGAS TORRES (coords.), *European Civil Procedure*, Navarra, 2011, Ch. 1, Ch. 2, Ch. 7, Ch. 8, Ch. 9, Ch. 10, Ch. 11.

Para conocer otros aspectos de la cooperación judicial, véase JIMENO BULNES, Las Nuevas Tecnologías en el Ámbito de la Cooperación Judicial y Policial Europea en *Revista de Estudios Europeos*, 2002, número 31, pp. 97 y ss. O, JIMENO BULNES, La Cooperación Judicial y Policial en el Ámbito de la Unión Europea en *Revista del Poder Judicial*, 1998, número 50, pp. 79 y ss.

*que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas.*

Este precepto dispone la ley aplicable en los procesos civiles nacionales. Al parecer esta redacción ha dado pie a algunas críticas como que el referido artículo debería haber manifestado <<los supuestos en los que la *lex fori* es aplicable y aquéllos en los que prevalece la *lex substantiae*>><sup>525</sup>. Si bien la opinión mayoritaria de la doctrina procesalista va en la dirección contraria, es decir, no se hallan mayores inconvenientes al tenor literal de este art. 3<sup>526</sup>.

Por su parte, este precepto también permite seguir las disposiciones de los Tratados y Convenios Internacionales, lo cual significa que en los procesos seguidos en España podría aplicarse la ley procesal extranjera. Lo dicho ya aparecía en el Convenio de la Haya de 1970 y en el articulado del Reglamento 1206/2001 al que nos referiremos a continuación. Este último Reglamento prevalece, por lo que se refiere a la materia de su ámbito de aplicación, sobre las disposiciones de los acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros y en especial las del Convenio de la Haya, de 1 de marzo de 1954 relativo al procedimiento civil y del Convenio de la Haya, de 18 de marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, en las relaciones entre los Estados miembros que sean parte de dichos convenios.

---

<sup>525</sup>CALVO CARAVACA, *Derecho Internacional Privado*, Granada, 2004, op. cit., p. 426.

<sup>526</sup>En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES), *Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, 2004, p. 140.

### 1.3 EL REGLAMENTO UE 1206/2001<sup>527</sup>

Antes de adentrarnos en el procedimiento de obtención de pruebas en el proceso civil en Europa, me parece conveniente examinar el articulado del Reglamento 1206/2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Para empezar, cabe hacer una primera constatación: cuando en el curso de un proceso en España se trate de obtener o practicar una prueba en el extranjero, si es un país de la Unión Europea seguiremos las disposiciones de este Reglamento (con la excepción de Dinamarca); si se trata de un país que haya ratificado el Convenio de la Haya, se seguirá lo establecido en dicho Convenio y, en los demás casos, cabe aplicar la LOPJ.

Los principios rectores de dicho Reglamento son: la simplificación, la celeridad, la intermediación, la claridad y la seguridad jurídica en la obtención de pruebas<sup>528</sup>.

El artículo 1 de este Reglamento inaugura el capítulo dedicado a las disposiciones generales. Este precepto establece que el *presente Reglamento será de aplicación en materia civil o mercantil cuando un*

---

<sup>527</sup><http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=260038:cs&lang=es&list=506159:cs,272232:cs,260038:cs,&pos=3&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=>. Para un mayor detalle, véase AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Comisiones Rogatorias y Obtención de Pruebas en el extranjero en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1905, de 15 de noviembre de 2001, pp. 3635 y ss. O, MUERZA ESPARZA, El Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, sobre Obtención de Pruebas en materia Civil y Mercantil y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 2002, número 558, pp. 11 y ss.

<sup>528</sup>MUERZA ESPARZA, El Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, sobre Obtención de Pruebas en materia Civil y Mercantil y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil..., p. 9.

*órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, solicite: a) la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, o b) la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro. No se solicitará la obtención de pruebas que no estén destinadas a utilizarse en una causa iniciada o que se prevea incoar. En el presente Reglamento, se entenderá por «Estado miembro» cualquiera de los Estados miembros con excepción de Dinamarca.*

El Reglamento 1206/2001 sigue disponiendo, en sus artículos 2 y 3, la comunicación directa entre los órganos jurisdiccionales y la designación de un órgano central encargado de facilitar información a los órganos jurisdiccionales o de buscar soluciones ante las dificultades presentadas en las solicitudes, entre otras funciones.

El art. 4 dispone la forma y contenido de la solicitud para la práctica de diligencias de obtención de pruebas. El apartado f) de este mismo precepto se ocupa de la solicitud de obtención de cualquier otra prueba, documentos u otros objetos que deban examinarse<sup>529</sup>. El art. 5, por su parte, regula la cuestión idiomática de las solicitudes y comunicaciones.

---

<sup>529</sup>Para hacernos una idea general del formulario de solicitud de obtención de pruebas (documentos), pasamos a transcribir el contenido del modelo de formulario que aparece en el Anexo del Reglamento: 1) Número de referencia del órgano jurisdiccional requirente; 2) Número de referencia del órgano jurisdiccional requerido; 3) Identificación del órgano jurisdiccional requirente (denominación, dirección, teléfono, fax, correo electrónico); 4) Identificación del órgano jurisdiccional requerido (denominación, dirección, teléfono, fax, correo electrónico); 5) Identificación parte demandante; 6) Identificación representantes de la parte demandante; 7) Identificación parte demandada; 8) Identificación representantes de la parte demandada; 9) presencia y participación de las partes en las diligencias; 10) Presencia y participación de los mandatarios del órgano jurisdiccional requirente en las diligencias; 11) Tipo y objeto del procedimiento y breve explicación de los hechos; 12) Diligencias de obtención de pruebas que deberán practicarse, entre ellas, documentos que deberán inspeccionarse; 13) Ejecución de la diligencia y, por fin, lugar y fecha.

El Reglamento, en sus arts. 7, 8 y 9, habla de la recepción de la solicitud y de la subsanación y cumplimentación de los datos que faltan<sup>530</sup>.

De la obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requerido se ocupan los preceptos 10 a 16. Y de la obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente hace lo propio el art. 17. Como es lógico, volveremos a ello en breve.

Finalmente, se regulan aspectos relacionados con los gastos, normas de desarrollo, la relación con los acuerdos o convenios

---

<sup>530</sup>Art. 7: *El órgano jurisdiccional requerido competente expedirá al órgano jurisdiccional requirente, en un plazo de siete días tras la recepción de la solicitud, un acuse de recibo por medio del formulario B que figura en el anexo. Si la solicitud no cumple los requisitos establecidos en el artículo 5 y en el artículo 6, el órgano jurisdiccional requerido lo hará constar en el acuse de recibo. En caso de que la ejecución de una solicitud, presentada mediante el formulario A que figura en el anexo y que cumpla los requisitos del artículo 5, no fuera de la competencia del órgano jurisdiccional al que se transmitió, este último trasladará la solicitud al órgano jurisdiccional competente de su Estado miembro e informará de ello al órgano jurisdiccional requirente mediante el formulario A que figura en el anexo.*

Art. 8: *Si la solicitud no pudiera ejecutarse por no contener todos los datos necesarios con arreglo al artículo 4, el órgano jurisdiccional requerido informará de ello al órgano jurisdiccional requirente mediante el formulario C que figura en el anexo con la mayor brevedad y, a más tardar, en el plazo de treinta días tras la recepción de la solicitud, y le solicitará la transmisión de los datos que faltan, que habrán de indicarse del modo más preciso posible. Si la solicitud no pudiera ejecutarse porque fuera necesaria la provisión de fondos o adelanto mencionada en el apartado 3 del artículo 18 el órgano jurisdiccional requerido informará de ello al órgano jurisdiccional requirente a la mayor brevedad y, a más tardar, en el plazo de treinta días tras la recepción de la solicitud, mediante el formulario C que figura en el anexo e informará al órgano jurisdiccional requirente de cómo debe hacerse la provisión de fondos o adelanto. El órgano jurisdiccional requerido dará recibo de la provisión de fondos o adelanto a más tardar en el plazo de 10 días de la recepción de la provisión de fondos o adelanto mediante el formulario D.*

Art. 9: *Si el órgano jurisdiccional requerido, de conformidad con el apartado 1 del artículo 7, hubiese indicado en el acuse de recibo que la solicitud no cumple las condiciones establecidas en el artículo 5 y en el artículo 6, o si, de conformidad con el artículo 9, hubiese informado al órgano jurisdiccional requirente de que la solicitud no puede ejecutarse por no contener todos los datos necesarios con arreglo al artículo 4, el plazo fijado en el apartado 1 del artículo 10 comenzará a correr cuando el órgano jurisdiccional requerido haya recibido la solicitud debidamente cumplimentada. Cuando el órgano jurisdiccional requerido haya pedido la provisión de fondos o adelanto conforme al apartado 3 del artículo 18 el plazo mencionado comenzará a correr a partir del día en que se haya efectuado la provisión o adelanto.*

existentes o futuros entre los Estados miembros, comunicación y revisión del Reglamento<sup>531</sup>.

### **1.3.1 LA OBTENCIÓN DE LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL DENTRO DEL ÁMBITO DEL REGLAMENTO 1206/2001<sup>532</sup>**

Como hemos dicho, de la obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requerido se ocupan los preceptos 10 a 16 del Reglamento 1206/2001. Y de la obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente se ocupa el art. 17.

Hechas estas precisiones introductorias, podemos ya ocuparnos del concreto caso español. En virtud del art. 1 del Reglamento 1206/2001, cualquier Estado miembro (a excepción de Dinamarca) podrá solicitar la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro (en este caso, el español). O la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro (en particular, el Estado español).

Cada Estado miembro elaborará una lista de los órganos jurisdiccionales competentes para la realización de las diligencias de obtención de prueba con arreglo al Reglamento. Esta lista

---

<sup>531</sup>Existe una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se adaptan a la Decisión 1999/468/CE del Consejo, en su versión modificada por la Decisión 2006/512/CE, determinados actos sujetos al procedimiento contemplado en el artículo 251 del Tratado, en lo que se refiere al procedimiento de reglamentación con control y en cuyo anexo queda prevista la modificación del Reglamento 1206/2001, en concreto, sus artículos 19 y 20.

<sup>532</sup>La información para configurar este apartado se ha obtenido, además del texto del Reglamento, de la página Web del Ministerio de Justicia: <http://www.mjusticia.gob.es>.

mencionará asimismo el ámbito de competencia territorial y, en su caso, especial de dichos órganos jurisdiccionales. En el supuesto de España, han sido designados como órganos competentes los Juzgados de Primera Instancia de cada partido judicial mediante reparto a través del correspondiente Juzgado Decano. Además, según el art. 3, cada Estado miembro designará un órgano central (ya hemos referido sus funciones) que, en España, será la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

Por lo que respecta a la forma y contenido de la solicitud, se seguirán unos determinados modelos (que figuran en el Anexo del Reglamento). Dicha solicitud contendrá datos de identificación, así como, la descripción de las diligencias solicitadas o los documentos u otros objetos que deban ser examinados. No se exigirá la autenticación o cualquier otra formalidad equivalente de la solicitud ni de los documentos adjuntos a la misma. Y los documentos cuya aportación considere necesaria el órgano jurisdiccional requirente para la ejecución de la solicitud deberán proporcionarse acompañados de una traducción a la lengua en que se haya redactado la solicitud.

Más datos acerca de la lengua se refieren a que la solicitud aparecerá redactada en castellano. Si bien España ha aceptado que las solicitudes y comunicaciones se realicen en español y portugués. Asimismo, no se descarta la posibilidad de presentarlas en cualquiera de las demás lenguas oficiales de nuestro país.

Las solicitudes y comunicaciones se transmitirán por la vía más rápida que haya sido aceptada por el Estado miembro requerido. España ha aceptado el correo postal. Ahora bien, puede cuestionarse

si se trata del medio de transmisión más rápido. La ingente afluencia de medios electrónicos pone en entredicho que el correo postal sea el medio más rápido. Personalmente entiendo que no puede descartarse la transmisión por medios electrónicos, más cuando el art. 6 del Reglamento dispone que la transmisión podrá realizarse por cualquier otro medio siempre que el contenido del documento recibido sea fiel y conforme al del documento expedido y que sea legible.

En lo que se refiere a la recepción de solicitudes, el órgano jurisdiccional requerido competente expedirá al órgano requirente, en un plazo de siete días tras la recepción de la solicitud, un acuse de recibo por medio del formulario B que figura en el Anexo. En el caso de solicitudes incompletas, el órgano jurisdiccional requerido informará de ello al órgano jurisdiccional requirente mediante el formulario C que figura también en el Anexo. Por su parte, si la solicitud no pudiera ejecutarse porque fuera necesaria una provisión de fondos el órgano jurisdiccional requerido informará de ello al órgano jurisdiccional requirente mediante el formulario C. El órgano jurisdiccional requerido dará recibo de provisión de fondos o adelanto mediante el formulario D<sup>533</sup>.

---

<sup>533</sup>Todos estos formularios se encuentran disponibles en el portal de la Comisión Europea: Atlas Judicial Europeo en materia civil. No transcribiremos todo su contenido (pueden consultarse en dicho sitio de Internet) pero los formularios disponibles son: a) solicitud de obtención de pruebas, b) acuse de recibo de una solicitud de diligencias de obtención de pruebas, c) petición de información complementaria para la diligencia de obtención de pruebas, d) acuse de recibo de la provisión de fondos o adelanto, e) notificación relativa a la solicitud de procedimientos especiales o de recurso de medios tecnológicos de comunicación, f) notificación de la fecha, hora y lugar de la ejecución de las diligencias de obtención de pruebas y condiciones para la participación, g) notificación de retraso, h) información sobre el curso dado a la solicitud, i) solicitud de obtención de pruebas directa e j) información procedente del organismo o autoridad competente.

Especial mención merece el procedimiento de obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requerido y el procedimiento de obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente.

El órgano jurisdiccional requerido ejecutará la solicitud con un plazo máximo de 90 días siguientes a la recepción de la solicitud. El órgano jurisdiccional requerido ejecutará la solicitud conforme al Derecho de su Estado miembro. Igualmente, el órgano jurisdiccional requirente podrá solicitar al órgano jurisdiccional requerido que utilice los medios tecnológicos de comunicación en la realización de la obtención de pruebas, en particular la videoconferencia y la teleconferencia. Además, si en el órgano jurisdiccional requirente o requerido no se dispone de acceso a los medios técnicos mencionados anteriormente, los órganos jurisdiccionales podrán facilitarlos de mutuo acuerdo. En España, no habrá obstáculos para cumplir con esta previsión normativa de empleo de medios tecnológicos<sup>534</sup>. Si bien la realidad demuestra que son pocos los Estados que cuentan con los medios tecnológicos suficientes para la obtención de pruebas<sup>535</sup>.

Otro aspecto de cierta importancia es la realización de las pruebas en presencia y con participación de las partes y en presencia y con la participación de mandatarios del órgano jurisdiccional requirente<sup>536</sup>.

---

<sup>534</sup>Sobre la videoconferencia, VELASCO NUÑEZ, Videoconferencia y Administración de Justicia en *La Ley*, número 5630, de 10 de octubre de 2002, pp. 2 y ss.

<sup>535</sup>VILLAMARÍN LÓPEZ, Nuevas Tecnologías y E-Justicia en la aplicación del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo, de Obtención de Pruebas en *Presente y Futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea...*, p. 486.

<sup>536</sup>Para ello deberán cumplimentarse los formularios al efecto.

Otra cosa es la denegación de la ejecución, pues tendrá lugar en los siguientes casos:

- 1) *No se ejecutará la solicitud de tomar declaración a una persona cuando dicha persona alegue el derecho de negarse a declarar o la prohibición de declarar previstos por el Derecho del Estado requirente o del Estado requerido.*
- 2) *Además de ello, la ejecución de una solicitud sólo podrá denegarse si la solicitud no se inscribe en el ámbito de aplicación del referido Reglamento.*
- 3) *Si según el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido la ejecución no entra en el ámbito de las competencias judiciales.*
- 4) *Si el órgano jurisdiccional requirente no accede a la petición formulada por el órgano jurisdiccional requerido de completar la solicitud de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 en un plazo de treinta días desde que el órgano jurisdiccional requerido haya pedido al órgano jurisdiccional requirente que la complete.*
- 5) *Si la provisión de fondos o adelanto solicitado conforme al apartado 3 del artículo 18 no se efectuara en los sesenta días siguientes a la solicitud de provisión o adelanto del órgano jurisdiccional requerido.*

Por otro lado, la ejecución no podrá denegarse por el hecho de que, de acuerdo con el Derecho de su Estado miembro, un órgano jurisdiccional de dicho Estado tenga competencia exclusiva en el

asunto de que se trate o no disponga de un procedimiento equivalente a aquél para el que se cursó la solicitud<sup>537</sup>.

Para concluir esta visión general y antes de acometer el estudio de otras cuestiones trascendentales, merece la pena hablar de la obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente. En primer lugar, la solicitud de prueba directa se presentará mediante el formulario I y sólo podrá referirse a pruebas que puedan llevarse a cabo de forma voluntaria, sin necesidad de aplicar medidas coercitivas.

Seguidamente, en un plazo de treinta días tras la recepción de la solicitud, el órgano requerido informará al requirente si se ha aceptado la solicitud y en qué condiciones deberá realizarse la prueba, a través del formulario J.

En esta ocasión, podrá denegarse la obtención directa de pruebas si:

- 1) *La solicitud no tiene cabida en el ámbito de aplicación del presente Reglamento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.*
- 2) *La solicitud no contiene todos los datos necesarios con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.*
- 3) *La obtención directa de pruebas solicitada es contraria a los principios fundamentales del Derecho de su Estado miembro.*

---

<sup>537</sup>De interés también el art. 16 del Reglamento: *El órgano jurisdiccional requerido transmitirá con la mayor brevedad al órgano jurisdiccional requirente los documentos que acrediten la ejecución de la solicitud, y, en su caso, devolverá los documentos recibidos del órgano jurisdiccional requirente. Junto a estos documentos se debería remitir, mediante el formulario H que figura en el anexo, una confirmación de ejecución de la solicitud.*

Ciñéndonos a la columna central de este estudio, es decir, la exhibición documental, el art. 10.2 del consabido Reglamento establece que el órgano jurisdiccional requerido ejecutará la solicitud aplicando el Derecho de su Estado miembro (si bien el órgano jurisdiccional requirente podrá pedir que la solicitud se ejecute de acuerdo con alguno de los procedimientos especiales previstos en el Derecho de su Estado miembro).

Así las cosas, y teniendo siempre presente este último matiz, las diligencias de obtención de pruebas que se realicen en España se ajustarán a lo previsto en nuestra Ley procesal. Por ejemplo, para la prueba y exhibición documental se estará a lo dispuesto en los arts. 317 y siguientes y 328 y siguientes de la LEC, respectivamente.

Para garantizar la mayor efectividad de estas diligencias podría aplicarse lo dispuesto en los arts. 329 y 330 LEC<sup>538</sup>. El contenido de estos preceptos ha sido examinado ampliamente en apartados precedentes.

En este mismo sentido, el art. 13 de la normativa comunitaria establece que *si fuera necesario, el órgano jurisdiccional requerido recurrirá para la ejecución de la solicitud a medidas coercitivas adecuadas en los casos y en la medida previstos por el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido para la ejecución de solicitudes presentadas con el mismo fin por autoridades nacionales o por una de las partes.*

---

<sup>538</sup>VILLAMARÍN LÓPEZ, *La Obtención de Pruebas en el Proceso Civil en Europa (Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo)*..., p. 150.

Dilucidado así el significado del precepto, queda aún por determinar si dicha fórmula normativa resulta o no adecuada y aconsejable. Alguna autora, como VILLAMARÍN LÓPEZ, opina que hubiese sido preferible un régimen comunitario unitario de medidas coercitivas<sup>539</sup>. Sin embargo, la realidad es la remisión a las normativas de los distintos Estados miembros.

Además de los artículos 329 y 330 también podrían aplicarse como medida para garantizar la efectividad de las diligencias de obtención de prueba el art. 298.5 LEC (la adopción de una medida de aseguramiento de la prueba sin trámite alguno de citación cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o cuando el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables).

En el derecho español, no parece descabellado concluir que no resultaría desproporcionada la adopción de la medida de entrada y registro ante la resistencia a la exhibición, siempre y cuando se cumplan ciertos presupuestos. En este caso, basta razonablemente con emplear la analogía y aplicar lo dispuesto en sede de diligencias preliminares porque si antes de iniciarse el proceso puede adoptarse una medida de estas características, carece de razonabilidad no poderla adoptar una vez ya iniciado el mismo. No obstante, lo dicho hay que plantearse con cierta cautela.

Al hilo de lo apuntado en estas últimas líneas, parece evidente que la implementación de un régimen comunitario unitario de

---

<sup>539</sup>VILLAMARÍN LÓPEZ, *La Obtención de Pruebas en el Proceso Civil en Europa (Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo)*..., p.118. En igual sentido, HESS (con MÜLLER), Die Verordnung 1206/01/EG zur Beweisaufnahme im Ausland en *ZZPInt*, 6, 2001, p. 156.

medidas coercitivas supondría que un determinado acto se sancionara de la misma manera en todos los Estados miembros.

Ciertamente, la solución pasaría por un régimen comunitario autónomo o por la siguiente propuesta de reforma del texto del Reglamento 1206/2001:

El establecimiento de una fórmula, en el mismo texto reglamentario, que dispusiese un equilibrio proporcional entre las medidas coercitivas de un Estado miembro y otro (entre los que ha mediado, por otra parte, una solicitud de práctica de diligencias de obtención de prueba). Así, por poner un ejemplo, imaginemos la siguiente situación: España solicita a Italia la determinada práctica de una prueba y en este último país se aplica una medida coercitiva de coacción, ante la negativa a colaborar con la justicia. Y en España no se prevé la imposición de una medida de estas características. La solución que propongo atendería a la búsqueda de un proporcional equilibrio entre ambas regulaciones o al establecimiento de unos criterios comunes entre las distintas previsiones normativas.

Especial mención merecen, también, otros institutos de nuestro proceso civil como son las diligencias preliminares y las medidas de aseguramiento de la prueba, y su relación con el Reglamento objeto de estudio de este apartado.

En primer lugar y por lo que se refiere a las diligencias preliminares, de una interpretación amplia del art. 1 del Reglamento se desprende la posibilidad de incluir la institución de las diligencias

preliminares dentro de este precepto<sup>540</sup>. No obstante, no se trata de una afirmación pacífica entre la doctrina. <<Aunque se abogue por una interpretación amplia de dicho artículo, la exclusión de la referencia expresa a las otras actuaciones judiciales (*la referencia a otras actuaciones judiciales aparecía en un primer momento*) no resulta, a nuestro parecer, inocua, ya que obliga a dejar fuera del ámbito de aplicación del Reglamento actuaciones que no tienen una nítida naturaleza probatoria. Tal es el caso, por poner un ejemplo, de las diligencias preliminares de la LEC (...)>><sup>541</sup>.

En todo caso, a lo largo de las páginas anteriores se ha venido optando por potenciar la virtualidad y eficacia de las diligencias preliminares. Ya se ha dicho, este instituto posee diferentes finalidades: la adquisición de información o la determinación de la legitimación. Sin embargo, entre las mismas, tampoco cabe descartar categóricamente la obtención de medios y objetos, en muchos casos documentos, que posteriormente podrán ser utilizados como prueba para acreditar los hechos constitutivos. En este orden de consideraciones no veo erróneo incluir estas diligencias dentro de este determinado precepto.

Por otra parte, en virtud del art. 1.2 del Reglamento: *no se solicitará la obtención de pruebas que no estén destinadas a utilizarse en una causa iniciada o que se prevea incoar*. Así pues, se prevé la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba y prueba anticipada. E insistimos en la posibilidad de adoptar diligencias preliminares.

---

<sup>540</sup>HERRERA PETRUS, *La Obtención Internacional de Prueba. Asistencia Jurisdiccional en Europa*, Bolonia, 2005, p. 180.

<sup>541</sup>VILLAMARÍN LÓPEZ, *La Obtención de Pruebas en el Proceso Civil en Europa (Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo)*..., op. cit., p. 69. La cursiva es nuestra.

Asimismo, parece conveniente preguntarnos qué ocurre con las actuaciones de *discovery* de los ordenamientos de *common law* y el presente Reglamento. Una solución no descabellada al respecto sería admitir estas actuaciones en el marco del Reglamento 1206/2001, con la excepción de las medidas incompatibles con los ordenamientos comunitarios<sup>542</sup>.

#### **1.4 LAS DISPOSICIONES DEL LIBRO BLANCO-ACCIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (COM (2008) 165 FINAL)<sup>543</sup>**

Analizado el articulado general del Reglamento 1206/2001 resulta de interés, además, examinar una propuesta de acción comunitaria en un ámbito específico: el Libro Blanco-Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Es de interés realizar este estudio puesto que en este informe (Libro Blanco) se establecen disposiciones sobre una cuestión trascendental para el objeto de nuestro trabajo: *el acceso a las pruebas, divulgación inter partes*.

De forma esquemática y siguiendo el guión de este Libro Blanco (COM (2008) 165 final) se puede decir que el objetivo y alcance del mismo está relacionado con el hecho de que *todo ciudadano o empresa que sufra daños como consecuencia de un incumplimiento de las*

---

<sup>542</sup>VILLAMARÍN LÓPEZ, *La Obtención de Pruebas en el Proceso Civil en Europa (Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo)*..., p. 75.

<sup>543</sup>A título introductorio cabe afirmar que un Libro Blanco es un documento que sirve de guía o informe sobre algún tipo de problema y cómo afrontarlo. Puede consultarse en [http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2008&T3=165&RechType=RECH\\_naturel&Submit=Buscar](http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2008&T3=165&RechType=RECH_naturel&Submit=Buscar).

*normas comunitarias de defensa de la competencia (artículos 81 y 82 del Tratado CE) debe poder exigir una reparación a la parte que causó el daño.*

La Comisión, en su Libro Verde de 2005, aludió a óbices legales y procesales como responsables de la no compensación a las víctimas de las infracciones de normas de la competencia. De ahí, que se planteara la necesidad de este Libro Blanco, al que nos estamos refiriendo, como posible solución a los mencionados obstáculos legales y procesales.

El principal objetivo de este Libro Blanco es la plena compensación de los sujetos que han sufrido algún daño por la infracción de las normas de la competencia reconocidas en el Tratado de la CE. Como principios informadores hallamos, además de la plena compensación, los siguientes: la firme aplicación por parte de las distintas instituciones comunitarias y de los Estados miembros de los artículos 81 y 82 o el establecimiento de medidas basadas en *un planteamiento auténticamente europeo*.

Por razón de su ámbito de aplicación, este Libro Blanco se refiere *a todas las categorías de afectados, a todos los tipos de infracción de los artículos 81 y 82 y a todos los sectores de la economía*<sup>544</sup>.

Es importante recalcar la compensación colectiva que se prevé con este Libro Blanco, la cual se basa tanto en acciones representativas a través de entidades como asociaciones de

---

<sup>544</sup>Este Libro sigue diciendo que *la Comisión también considera apropiado que la medida comprenda tanto los recursos de reparación de daños basados en infracciones previamente constatadas por una autoridad de competencia como las intervenciones que no se basan en ese supuesto.*

consumidores, comerciales u organismos estatales como en acciones colectivas abiertas a través de demandas de carácter individual<sup>545</sup>.

A mayor abundamiento, estas asociaciones de consumidores, comerciales u organismos estatales pueden representar a las víctimas identificables siempre que las mismas no manifiesten lo contrario. <<Esta norma equivale a una acción colectiva *opt-out*>><sup>546</sup>. Asimismo, las víctimas individuales podrían aunar esfuerzos a través de una sola demanda colectiva, *opt-in*.

Dentro de las medidas y políticas propuestas, encontramos el acceso a las pruebas: divulgación *inter partes*. De gran importancia, a efectos de nuestro particular estudio, resulta lo establecido en este punto del Libro Blanco. Corresponde a la víctima-perjudicado la carga de probar la existencia de una infracción de las normas de la competencia<sup>547</sup>. Ahora bien, en este tipo de asuntos suele ser habitual la ocultación de pruebas, es decir, el demandado o un tercero pueden disponer de pruebas necesarias para la determinación del daño y el demandante no tiene conocimiento de ello. Y la Comisión, con base en la Directiva 2004/48/CE (de propiedad intelectual) propone, para solventar dicha cuestión, esta divulgación *inter partes*. Con las concretas medidas siguientes:

---

<sup>545</sup>[http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/l26124\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26124_es.htm).

<sup>546</sup>DAHM-LORAINING, Acciones de Clase en Europa-Los Acontecimientos más recientes en *Gen Re*, 2009, op. cit., p. 9. Más sobre ello en CONGEDO (con MESSINA), European "Class" Action: British and Italian Points of View in Evolving Scenarios en *Munich Personal RePEc Archive*, 2009, paper No. 15900.

<sup>547</sup>GONZÁLEZ DURÁNTEZ, La Reparación de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las Normas de Defensa de la Competencia en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 13-2006, p. 62.

*Los tribunales nacionales deben, en determinadas condiciones, estar facultados para ordenar a las partes en un procedimiento o a terceros que revelen categorías precisas de pruebas pertinentes.*

*Deberán presentarse todos los hechos y medios de prueba que estén razonablemente a su alcance.*

*Se demostrará a satisfacción del tribunal que, de otra manera, no puede presentar las pruebas solicitadas, haciendo todos los esfuerzos razonablemente previsibles.*

*Se especificarán suficientemente las categorías precisas de pruebas que deben divulgarse.*

*Y se demostrará al tribunal que la medida de divulgación prevista es pertinente al caso, necesaria y proporcionada.*

Otra de las notas características de esta divulgación *inter partes* es que para evitar la destrucción de pruebas pertinentes o la negativa a cumplir una orden de divulgación, los tribunales estarán facultados para imponer sanciones disuasorias.

Se trata sin duda de incidir en la superación de la <<asimetría de información estructural>><sup>548</sup>, es decir, que la víctima de una infracción a la competencia pueda acceder sin problemas a las pruebas que acreditan este supuesto de daños. Porque, como he referido, viene

---

<sup>548</sup>Libro Blanco. Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las Normas Comunitarias de Defensa de la Competencia. Bruselas, 2.4.2008 COM (2008) 165 final en *Estudios sobre Consumo*, número 85, Mayo, 2008, op. cit., p. 111.

siendo práctica habitual la ocultación de pruebas a las que el demandante no tiene acceso. Para lograr el objetivo anterior, la Comisión opta por el establecimiento de la divulgación *inter partes* en los supuestos de reparación de daños y perjuicios derivados de la infracción de normas comunitarias de defensa de la competencia. Sugiere que los tribunales tengan potestad para ordenar (a instancia de parte o *ex officio*) a las partes o terceros que revelen categorías precisas de pruebas pertinentes.

El mismo Libro Blanco, por otro lado, se refiere al efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia (ANC), al requisito de conducta culpable, a la tipología de daños y perjuicios, a la repercusión de los costes excesivos, a los plazos de prescripción, a los costes de las demandas de reparación de daños y perjuicios y a la interacción entre los programas de clemencia y las demandas de indemnización por daños y perjuicios<sup>549</sup>.

---

<sup>549</sup>Sobre el efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia (ANC), la Comisión opta por la siguiente norma: *Los órganos jurisdiccionales nacionales que tengan que pronunciarse sobre demandas de reparación de daños y perjuicios por prácticas de conformidad con el artículo 81 o 82 en los que una ANC ya haya emitido una resolución firme en la REC en la que se acredite la existencia de una infracción de dichos artículos, o sobre las que una instancia de revisión haya dictado una sentencia firme que ratifique la resolución de la ANC o la suya propia en cuanto a la existencia de una infracción, no pueden adoptar decisiones que contradigan una resolución o una sentencia de este tipo.*

Referente al requisito de la conducta culpable, la Comisión opta por lo que sigue: *Una vez que la víctima haya acreditado una infracción del artículo 81 o 82, el infractor debe ser responsable de los daños y perjuicios causados a menos que demuestre que la infracción fue el resultado de un error excusable genuinamente; un error sería excusable si una persona razonable que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia.*

Por lo que se refiere a la tipología y cálculo de daños y perjuicios, la Comisión sugiere: *Elaborar un marco con una orientación pragmática y no vinculante para la cuantificación de los daños y perjuicios en casos relacionados con la defensa de la competencia, por ejemplo mediante métodos aproximativos de cálculo o normas simplificadas para el cálculo de la pérdida.*

Si nos referimos a la repercusión de los costes excesivos, la Comisión prefiere que: *Los compradores indirectos deberían poder basarse en la presunción refutable de que se les repercutió en su totalidad el coste excesivo ilegal.*

El tenor literal de las sugerencias europeas nos sirve de apoyo para sostener la siguiente conclusión.

En primer lugar, estas disposiciones en materia de competencia utilizan una terminología mucho más propia de los ordenamientos de *common law* que de los sistemas de *civil law*. La divulgación *inter partes* se encuentra en plena sintonía con el procedimiento de *discovery*. Del texto del Libro Blanco se desprende que *los tribunales nacionales deben, en determinadas condiciones, estar facultados para ordenar a las partes en un procedimiento o a terceros que revelen categorías precisas de pruebas pertinentes*. Y eso es, también, lo que se persigue con el *discovery*. Esta fase atiende a importantes finalidades: puede ser utilizada para preservar las pruebas sobre testigos que no pueden practicarse en el momento del juicio, revelar hechos, etc. Como hemos visto, para evitar la destrucción de pruebas pertinentes o la negativa a cumplir una orden de divulgación, los tribunales estarán facultados para

---

Acerca de los plazos de prescripción, la Comisión sugiere: *Que el plazo de prescripción no empiece a contar: si se trata de una infracción continua o repetida, antes del día en el que cese la infracción; antes de que se pueda razonablemente esperar que la víctima de la infracción tenga conocimiento de la misma y del daño causado. Y que empiece un nuevo plazo de prescripción de por lo menos dos años una vez que sea firme la resolución de infracción en la que se basa un demandante de seguimiento.*

Sobre los costes de las demandas de reparación de daños y perjuicios, la Comisión anima a los Estados miembros a *diseñar normas procesales que faciliten acuerdos, como fórmula para reducir costes; fijar costas judiciales apropiadas para que no tengan un efecto disuasorio desproporcionado para las demandas de indemnización por daños y perjuicios; ofrecer a los tribunales nacionales la posibilidad de emitir órdenes de gastos que sean, en algunos casos justificados, excepciones de las normas habituales de costes, preferiblemente en los procedimientos iniciales. Estas órdenes de costes garantizarían que el demandante, incluso si su demanda no prospera, no tendría que sufragar todos los costes contraídos por la otra parte.*

Por fin, en relación con la interacción de los programas de clemencia y las demandas de indemnización por daños y perjuicios, la Comisión opta por establecer un grado de protección: *A todas las declaraciones corporativas presentadas por todos los solicitantes de clemencia en relación con una infracción del artículo 81 del Tratado CE (también cuando se aplica paralelamente la legislación nacional en materia de competencia); independientemente de si la solicitud de clemencia es aceptada, rechazada o no conduce a decisión alguna de la autoridad de competencia.*

imponer sanciones disuasorias. En el derecho americano también está prevista la imposición de sanciones. Así pues, ocurre algo equivalente.

Además, de esta concreta propuesta europea en materia de competencia puede derivarse un genuino deber de colaboración entre las partes.

Sin embargo, en los ordenamientos europeos, en particular en España, hay motivos de gran trascendencia que obstan a la introducción de algo semejante al *discovery*, sobre todo si tenemos presente lo relacionado con los costes, excesiva duración (*time-consuming*), las distinciones entre *civil law-common law* y el perfil de las distintas figuras procesales que ya han sido expuestas en su momento. Pero, adoptando criterios más flexibles, cabe afirmar que ya tenemos, en nuestro ordenamiento, instituciones que sirven a los mismos fines, que las diferencias entre *civil* y *common law*, en el concreto caso español, son relativas y, además, hay que tener en cuenta el común origen, en el Derecho Romano, de los actos que conforman el *discovery* y las diligencias preliminares de nuestro art. 256 LEC y, finalmente, la posibilidad, de potenciar la virtualidad y eficacia del instituto de las diligencias preliminares.

## **2. LOS DENOMINADOS PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL TRANSNACIONAL ELABORADOS POR ALI/UNIDROIT**

Un grupo de expertos, bajo los auspicios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y del *American Law Institute* (ALI), crearon, en 2004, un conjunto de

reglas sobre el proceso civil transnacional. Estos principios pueden definirse como estándares aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Los referidos principios atienden a otras finalidades: pueden ser igualmente apropiados para la resolución de gran parte de otras disputas civiles y pueden constituir la base para futuras iniciativas en materia de reforma del proceso civil.

Por otra parte, estos principios del proceso civil transnacional contienen disposiciones sobre jurisdicción, partes del proceso, asistencia letrada, notificaciones procesales, cuestiones referidas a la lengua empleada en el proceso, medidas de protección o estructura de los procesos<sup>550</sup>. Precisamente en relación con la estructura de los procesos hallamos algunos aspectos de interés. Según la regla 9 del texto: un proceso ordinario debe constar de tres fases, actuaciones iniciales (*pleadings*), fase intermedia y fase final.

En la primera fase (inicial), las partes deben presentar sus solicitudes, alegaciones y demás argumentos por escrito y deben identificar sus principales medios de prueba.

En la segunda fase (intermedia), el tribunal, si es necesario, puede ocuparse de los asuntos que requieren de una previa decisión (cuestiones sobre jurisdicción, medidas provisionales, etc.), de dirigir la admisión o descubrimiento de pruebas o de ordenar la práctica de las mismas.

---

<sup>550</sup>Más información en ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil Procedure en *Uniform Law Review*, 2004-4, pp. 758 y ss.

En los modernos ordenamientos jurídicos se constituye como práctica habitual una fase preliminar (como la audiencia previa española) en la que se examinan todas las cuestiones procesales que pudieran impedir en su momento dictar una resolución sobre el fondo; se delimita el objeto del proceso; se propone y admite la prueba, y se fija la fecha de inicio del posterior juicio.

En la tercera fase (final), las pruebas no recibidas por el tribunal de acuerdo con el principio 9.3.6, deberán presentarse en una audiencia final concentrada en la que, por otro lado, las partes presentarán sus conclusiones finales<sup>551</sup>.

El número 16 de estos principios está reservado para el acceso a la información y prueba:

*Generalmente, el tribunal y cada parte deberán tener acceso a pruebas relevantes y no confidenciales, incluyendo las declaraciones de las partes y testigos, peritos, documentos y las pruebas derivadas del reconocimiento de objetos, de la entrada y registro o de las exploraciones físicas o mentales de*

---

<sup>551</sup>Principio noveno: *A proceeding ordinarily should consist of three phases: the pleading phase, the interim phase, and the final phase. In the pleading phase the parties must present their claims, defenses, and other contentions in writing, and identify their principal evidence. In the interim phase the court should if necessary:*

*Hold conferences to organize the proceeding;*

*Establish the schedule outlining the progress of the proceeding;*

*Address the matters appropriate for early attention, such as questions of jurisdiction, provisional measures, and statute of limitations (prescription);*

*Address availability, admission, disclosure, and exchange of evidence;*

*Identify potentially dispositive issues for early determination of all or part of the dispute; and*

*Order the taking of evidence.*

*In the final phase evidence not already received by the court according to Principle 9.3.6 ordinarily should be presented in a concentrated final hearing at which the parties should also make their concluding arguments.*

*una persona. Las partes tendrán derecho a presentar declaraciones a las que se les atribuya valor probatorio.*

*A petición de una de la partes, el tribunal deberá ordenar la revelación de información pertinente y pruebas que se encuentren en poder de la parte contraria. Tal exhibición no puede objetarse porque la prueba pueda ser adversa para la parte o para la persona que hace la revelación.*

*Con el objeto de facilitar el acceso a la información, el abogado de una de las partes podrá mantener una entrevista voluntaria con un relevante testigo independiente.*

*La recepción de declaraciones de las partes, de los testigos y de los peritos deberá desarrollarse como es costumbre en el foro. Cada parte debe poder efectuar interrogatorios complementarios dirigidos a la otra parte, testigos, o perito que haya sido interrogado por el juez o por la otra parte en primer término.*

*El sujeto que aporta una prueba, sea o no parte, tiene derecho a una orden de protección contra la exposición indebida de información confidencial.*

*Y, finalmente, el tribunal deberá hacer una valoración libre de las diferentes pruebas presentadas<sup>552</sup>.*

---

<sup>552</sup>Principio dieciseisavo: *Generally, the court and each party should have access to relevant and nonprivileged evidence, including testimony of parties and witnesses, expert testimony, documents, and evidence derived from inspection of things, entry upon land, or, under appropriate circumstances, from physical or mental examination of a person. The parties should have the right to submit statements that are accorded evidentiary effect. Upon timely request of a party, the court should order disclosure of relevant, nonprivileged, and reasonably identified evidence in the*

De lo dispuesto en el texto transcrito se deduce que por prueba relevante hay que entender aquel material probatorio que apoya, contradice o debilita las alegaciones fácticas realizadas en un proceso.

Según la regla 16.2, la parte solicitante puede estar obligada a indemnizar a un tercero sobre los costes de la producción de pruebas.

Como decíamos, se prevé el deber de las partes y de terceros y se garantiza el acceso a todos los medios de prueba relevantes (entre ellos, documentos). Asimismo, para el esclarecimiento del litigio se recurre a la individualización de los medios de prueba y a las alegaciones iniciales (*pleadings*). Igualmente, puede requerirse a la parte que tenga en su poder determinadas pruebas y, en principio, también se obliga a cooperar a los terceros.

Ciertamente, el acceso a pruebas que se confiere a la parte contraria o a un tercero coincide con el estándar moderno de casi todas las culturas procesales de tradición continental. No hay más que dirigir la mirada a nuestra LEC (328 y siguientes) para dar buena cuenta de ello.

---

*possession or control of another party or, if necessary and on just terms, of a nonparty. It is not a basis of objection to such disclosure that the evidence may be adverse to the party or person making the disclosure. To facilitate access to information, a lawyer for a party may conduct a voluntary interview with a potential nonparty witness. Eliciting testimony of parties, witnesses, and experts should proceed as customary in the forum. A party should have the right to conduct supplemental questioning directly to another party, witness, or expert who has first been questioned by the judge or by another party. A person who produces evidence, whether or not a party, has the right to a court order protecting against improper exposure of confidential information. The court should make free evaluation of the evidence and attach no unjustified significance to evidence according to its type or source.*

Finalmente, el tribunal podrá imponer sanciones a las partes, abogados o terceras personas que no cumplan con las obligaciones relativas al proceso.

Estos principios, en definitiva, presentan una clara vocación de mejorar las posibilidades de esclarecimiento de hechos relevantes.

Está claro, sin embargo, que una armonización global del derecho procesal civil no es tarea fácil (ni necesariamente posible o deseable) a pesar de determinados pasos en dicha dirección como los “principios” que centran estas líneas.

El texto de estos principios parece inspirarse, de entrada, en el proceso de los Estados Unidos. Ahora bien, podemos encontrar similitudes con el sistema de otros muchos ordenamientos jurídicos, del ámbito del *common* o del *civil law*.

Recuperando el tratamiento de la exhibición documental en el derecho comparado, decíamos que el proceso civil americano se inicia con los *pleadings*, sigue con una fase preliminar y la institución del *discovery*, para terminar con el juicio y la práctica de la prueba. El *discovery* es un mecanismo que permite a las partes pedir la exhibición de pruebas antes de que empiece el juicio. Una parte puede solicitar la declaración de la otra o la exhibición de documentos que estén en posesión de la parte contraria. Esta institución americana, como veíamos, atiende a importantes finalidades, entre ellas, llegar al conocimiento de hechos.

Sin embargo, los Principios del Proceso Civil Transnacional, que fueron aceptados con la aprobación unánime de ALI y UNIDROIT en 2004, intentan lograr un equilibrio entre el *discovery* americano y lo previsto por los Códigos de Procedimiento Civil de tradición continental. En todos los sistemas procesales, lo común es que las partes, a través de sus escritos iniciales, determinen al detalle sus argumentos de hecho y de derecho. En las *Federal Rules of Civil Procedure*, en cambio, está permitida la *notice pleading* que significa <<una referencia general a la transacción sobre la que se fundamenta la demanda>><sup>553</sup>. Pero, como ya hemos visto, en la práctica las pretensiones de las partes también acaban siendo expuestas al milímetro.

Al hilo de lo dicho en último lugar, estos principios proponen que en la fase inicial se identifiquen los medios de prueba de los que se harán valer las partes para evitar un amplio y excesivo descubrimiento de pruebas y requerir la presentación de hechos relevantes y una descripción de pruebas disponibles con la especificación suficiente.

Además del *discovery*, hay otros aspectos que diferencian los sistemas de *civil law* de los de *common law*, muy señaladamente el hecho de que en los EEUU gran parte de los procedimientos deben celebrarse ante jurado. Sin embargo, también puede hablarse, como ya referí, de una cierta yuxtaposición entre ambos sistemas.

---

<sup>553</sup>HAZARD, Reflexiones de los Redactores sobre los Principios del Proceso Civil Transnacional en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, noviembre 2004, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), op. cit., p. 51.

Precisamente el esfuerzo por llegar a una síntesis equilibrada entre las principales culturas jurídicas en materia procesal es lo que ha llevado a autores como HAZARD<sup>554</sup> a realizar una valoración global positiva sobre el texto.

---

<sup>554</sup>HAZARD, Reflexiones de los Redactores sobre los Principios del Proceso Civil Transnacional en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM...*, p. 55.

## **CONCLUSIONES**

### **I**

El instituto de la exhibición documental (arts. 328 a 333 LEC), instaurado por vez primera en la LEC 2000, tiene como finalidad permitir que las partes en un proceso puedan obtener de otros litigantes o de terceros ajenos a la relación procesal los documentos que precisan para hacer prosperar sus pretensiones.

### **II**

Descartado que las partes queden gravadas con un inexistente deber de colaborar para suministrarse entre ellas los elementos de prueba de que dispongan, es preciso interrogarse si cabe reconducir la carga de la exhibición documental entre las partes al enunciado del art. 24.2 CE, en lo referido al derecho a la prueba. En efecto, concluyo que este derecho ha de ponerse en conexión con la referida carga de exhibición documental entre partes. No en el sentido de que se constitucionalice un supuesto derecho de las partes a que sus contrincantes les proporcionen los documentos o medios de prueba de que dispongan, sino en el de contener implícitamente un mandato dirigido al legislador para que apure los medios encaminados a posibilitar que las partes accedan a los elementos de prueba retenidos injustificadamente por el otro litigante. O en todo caso, cabe concluir que aquella previsión constitucional veda extraer consecuencias probatorias adversas respecto de la parte que sufre la resistencia injustificada a colaborar por parte del litigante contrario.

### III

Junto a la exhibición documental, otro mecanismo, en fase preprocesal, a través del que los litigantes pueden obtener documentos de naturaleza probatoria y soportes informáticos son las diligencias preliminares (arts. 256 a 263 LEC). La institución de las diligencias preliminares comprende diferentes finalidades que presentan como característica común, la preparación, con las debidas garantías, del juicio posterior. Dichas finalidades son variadas y heterogéneas (determinación de la legitimación pasiva, recabar información de diversa índole, etc.), dentro de las cuales también puede situarse la obtención de documentos probatorios necesarios para acreditar una pretensión que se canalizará a través de demanda. Diligencias tales como la petición del historial clínico (art. 256.1.5 bis LEC) ponen bien a las claras dicha finalidad.

### IV

Además de la LEC, ciertas leyes especiales (Ley de Patentes, Ley de Marcas o Ley de Competencia Desleal) también contienen normas sobre diligencias preliminares de exhibición de documentos. El problema que viene ocupando a la doctrina desde hace tiempo consiste en determinar si la remisión a estas leyes especiales es del todo adecuada o no. Teniendo en cuenta el carácter procesal de las diligencias preliminares, así como el orden del que se quiere dotar a la LEC, se puede llegar a la conclusión de que estas diligencias, recogidas en leyes especiales, deberían regularse en la Ley procesal que, a su vez, puede recoger las especificidades de dichas diligencias.

## V

La catalogación de las llamadas diligencias de comprobación de hechos que regula la Ley de Patentes (algunas de las cuales están dirigidas a la exhibición de documentos probatorios) como verdadera diligencia de prueba o como medio de aseguramiento de prueba es una cuestión discutible y controvertida por la doctrina. La LEC las considera diligencias preliminares y dicho encuadramiento parece acertado puesto que la finalidad perseguida mediante las mismas es verificar una determinada infracción o comportamiento ilícito y no tanto prevenir el riesgo o temor de la desaparición de documentos u otros elementos de prueba.

## VI

En cuanto a uno de los efectos de la negativa a llevar a cabo las diligencias preliminares, esto es, *la orden de entrada y registro*, hay que afirmar que, en sí misma, se trata de una medida a la que no cabría objetar reproche de constitucionalidad alguno en el marco del proceso civil, siempre y cuando la medida gozase de la necesaria previsión normativa (art. 18.2 CE), fuese decretada por un órgano jurisdiccional y se sujetase al principio de proporcionalidad. El punto más problemático que plantearía su admisibilidad es su cobertura legal, ya que en el caso de la exhibición de documentos (arts. 328 y ss. LEC) no se contempla expresamente la posibilidad de entrada y registro, mientras que en el caso de las diligencias preliminares, con anterioridad a la litispendencia, existe una habilitación legal expresa. El recurso a la analogía y a la argumentación *a fortiori* permiten concluir que la orden de entrada y registro resulta también

procedente en el caso de la exhibición documental, si bien deberán tenerse en cuenta otras consideraciones a las que me referiré en otras conclusiones más adelante.

## VII

La Ley procesal habría de permitir expresamente la posibilidad de proceder a la entrada y registro sin previa citación del destinatario de la diligencia, con el objeto de obtener documentos a los que, de otra forma, sería imposible o muy difícil acceder, de modo semejante a lo previsto en el nuevo artículo 298.5 LEC que permite, en sede de aseguramiento de la prueba y en casos justificados, la adopción de una medida de aseguramiento de la prueba sin trámite alguno de audiencia. Este precepto resulta de especial relevancia para el supuesto de acceso a los documentos, sobre todo, electrónicos.

## VIII

El segundo efecto relevante anudado a la negativa a practicar la diligencia es el establecido en el art. 261.4 LEC, *se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante*. La *ratio* del precepto lleva a concluir que estamos ante una presunción *iuris tantum* porque existe un hecho indiciario que es la negativa injustificada a la exhibición y un hecho presunto que es la autenticidad de un documento con su contenido descrito en la copia o versión suministrada por el solicitante. Y el nexo de conexión entre uno y otro es que un sujeto adopta esta actitud reacia a la exhibición porque acceder a la misma podría perjudicar su suerte en el proceso,

lo cual permite suponer que la copia o versión presentadas por el solicitante de la diligencia de exhibición coinciden con el contenido de un documento existente y real en manos de este sujeto reacio a exhibir.

## **IX**

Otro mecanismo de acceso al documento, en fase preprocesal, es el aseguramiento de la prueba (artículos 297 y 298 LEC). Sujeta la adopción de una medida de aseguramiento a los tres requisitos del art. 298 LEC (pertinencia de la prueba a asegurar, temor de que resulte imposible en el futuro la práctica de la prueba y proporcionalidad de la medida), la gran relevancia de estas medidas se centra en la posibilidad de su adopción *inaudita parte* para minimizar los riesgos de alteración, manipulación u ocultación de documentos. Uno de los documentos en el que con mayor intensidad se deja sentir la referida necesidad de protección o aseguramiento es, indudablemente, el informático.

## **X**

Otra interesante cuestión que suscita el aseguramiento de la prueba es la eventualidad de sustituir la medida de aseguramiento por la prestación de caución. El art. 298.3 LEC establece que debe tratarse de suficiente caución. La prestación de la misma no hace desaparecer el riesgo de que el sujeto se deshaga del documento, al resultarle más beneficiosa la pérdida de la caución que una futura condena. El único modo de prevenir este riesgo es el establecimiento

de cauciones suficientemente cuantiosas para que resulten verdaderamente disuasorias.

## **XI**

Las funciones de *Hash* constituyen una técnica informática de máxima importancia en lo relativo al aseguramiento de la prueba informática. Dichas funciones se basan en la obtención de datos a través de una copia espejo e identificando la información que se copia de forma única. Las funciones de *hash*, correctamente aplicadas, mitigan ciertas dificultades probatorias especialmente características de ciertos sectores nuevos o novedosos del ordenamiento jurídico y aseguran, aún más, el acceso a los documentos con su redactado original.

## **XII**

El cauce de las diligencias preliminares es frecuentemente objeto de una abusiva utilización por parte de los justiciables, instrumentalizándolo como un mecanismo de aseguramiento de fuentes de prueba que se refieren al fondo del asunto. El exacto punto de equilibrio entre estas figuras procesales no ha sido suficientemente aclarado ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Una solución cabal a este problema pasaría por acudir al mecanismo de las diligencias preliminares con el objeto de que se exhiban al solicitante los documentos necesarios para interponer, con plenas garantías, su demanda y en el caso de que se pretenda obtener una copia de los documentos, y simultáneamente, pedir una medida de aseguramiento

de la prueba, siempre y cuando se cumplan los requisitos ya referidos. Si no se acreditan estos requisitos, cabe solicitar una diligencia exhibitoria de documentos para tomar conocimiento de los mismos y, de manera concurrente, obtener una copia certificada de los referidos documentos, haciendo innecesario el posterior planteamiento de la exhibición y cumplir con la voluntad del legislador de acompañar a la demanda los documentos sobre el fondo. Para garantizar la viabilidad absoluta de esta segunda solución, hay que señalar que debe tratarse de documentación que no esté bajo secreto ni afecte al derecho a la intimidad ni se trate de un supuesto que no tenga encaje en el art. 256 LEC.

### **XIII**

El aforismo *nemo tenetur edere contra se*, que invoca un sector de la doctrina para negar la existencia del deber de exhibición entre partes en el precedente del actual art. 328 LEC (art. 603 LECA), encuentra sus orígenes en el *Ius Commune* (derecho medieval de los glosadores). En la tradición continental, la máxima *nemo tenetur se* hallaba plasmada en el ámbito del Derecho penal o sancionatorio administrativo. La traslación de dicha máxima al proceso civil, por lo tanto, no pasa de ser una referencia mecánica e irreflexiva, ayuna de toda efectividad.

### **XIV**

El instituto de la exhibición documental entre partes no puede encontrar su fundamento en una suerte de deber genérico (como

ocurre en EEUU) que grave a los litigantes a prestarse recíprocamente medios de prueba. A falta de una respuesta radical y una vez dilucidados determinados aspectos relacionados con la buena fe procesal, deberes de veracidad e integridad, la conclusión apuntada es que ni el concepto de buena fe, ni los deberes de veracidad e integridad parecen incluir un deber general de cooperación entre las partes que les imponga proporcionarse mutuamente medios de prueba.

## XV

El artículo 328 LEC, cuando dispone que *cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos*, habla de “partes” en plural y se está refiriendo al adversario procesal así como a los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el proceso (si bien no existe una simetría entre ambos porque parte y titular de la relación pueden perseguir intereses contradictorios) y a los litisconsortes. En el particular supuesto de un litisconsorcio y ante la negativa injustificada a la exhibición, no deben producirse efectos conjuntos sino sólo respecto de aquél que haya actuado de forma censurable.

## XVI

Una circunstancia que motiva la negativa justificada a exhibir, además del secreto o vulneración del derecho a la intimidad, es la expiración de los deberes de conservación de documentos. El Código de Comercio dispone que los empresarios conservarán los libros y

demás documentación, durante seis años. En este mismo sentido, hay supuestos especiales en los que el plazo de conservación puede superar los seis años. En cualquier caso, el Código de Comercio no obliga expresamente a la conservación de los documentos contables por más tiempo del estipulado.

## **XVII**

Los efectos de la negativa injustificada a la exhibición se resumen en: 1) atribución de valor probatorio a la copia simple o a la versión del contenido del documento presentada por el solicitante de la exhibición y 2) requerimiento por providencia al destinatario de la solicitud para que exhiba los documentos, condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos. Se trata, en suma, de una doble alternativa. La solución para determinar cuándo procede cada uno de estos efectos debe establecerse caso por caso. Señaladamente, el requerimiento debe ceñirse prácticamente a los casos en los que el solicitante no pueda aportar una copia del documento.

## **XVIII**

Por lo que respecta a la exhibición por terceros (art. 330 LEC), quedarán obligados por el deber de exhibición los terceros, sean o no propietarios del documento, siempre y cuando no sean titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella. Lo que es tanto como decir que se requerirá al tercero tanto si es el propietario como un simple tenedor del documento.

## **XIX**

Para requerir a un tercero debe tratarse de un *documento trascendente a los fines de dictar sentencia*. Los presupuestos que el tribunal ha de ponderar para determinar esta naturaleza trascendente son los siguientes: 1) documentos que incidan sustancialmente en el fallo del tribunal; 2) documentos con importancia relevante para fundar la sentencia; 3) documentos que, por su contenido, contribuyan a la convicción del juez de que tiene que dirigirse a un tercero; 4) documentos que se refieran a las pretensiones del actor o del demandado, y 5) documentos que constituyan prueba pertinente y útil.

## **XX**

Ante el requerimiento de exhibición desatendido, tanto en la exhibición documental entre partes como por un tercero, se aprecia una clara propensión de la doctrina al establecimiento de la medida de entrada y registro. Ante la ausencia de cobertura legal expresa, creo que dicha conclusión es dudosa y que el legislador habría de adoptar medidas como las previstas por el derecho estadounidense que, ante la negativa injustificada a la exhibición, establece sanciones como el reintegro de los gastos en que hubiera incurrido la parte que ha actuado honestamente, la fijación como ciertos de aspectos clave del asunto en perjuicio de la parte que ha actuado malintencionadamente o la terminación del proceso con sentencia desfavorable para esta última. Se trata de medidas que no afectan de lleno a derechos

fundamentales y en las que cabría inspirarse para potenciar en nuestro ordenamiento la exhibición documental.

## **XXI**

Una omisión relevante del legislador, al regular el procedimiento de la exhibición documental entre partes y por un tercero, es el momento procesal de presentar esta solicitud. Ambas solicitudes se llevarán a cabo antes del juicio, preferiblemente, en la audiencia previa del juicio ordinario. Respecto al juicio verbal, la opción apuntada es que el actor procederá a la solicitud de la exhibición en la demanda o en el acto de la vista en el supuesto de que dicha solicitud surja como consecuencia de las alegaciones del demandado al contestar, verbalmente, a la demanda en el acto de la vista. En el caso del demandado, procederá a la solicitud al contestar a la demanda.

## **XXII**

La exhibición entre partes tiene naturaleza de carga procesal, cuyo levantamiento evitará las consecuencias de la presunción del art. 329.1 LEC, *atribución de valor probatorio a la copia simple o versión que del contenido del documento hubiese dado el solicitante. A posteriori* y con base en el art. 329.2 LEC (requerimiento para exhibir como alternativa a la atribución de valor probatorio a la copia simple), la exhibición se tornará un deber. En el supuesto de la exhibición por terceros, la misma tiene naturaleza de deber.

### **XXIII**

Atendiendo a la exhibición de documentos en poder de las entidades oficiales (art. 332 LEC) y, en concreto, a la exhibición de datos en poder de la Agencia Tributaria, cabe afirmar que la Agencia Tributaria blindada desmesuradamente sus datos, que solamente podrán cederse en casos muy específicos. Para evitar este excesivo blindaje propongo una fijación expresa de determinados supuestos de protección de bienes jurídicos que prevalezcan sobre el derecho a la obtención de medios de prueba. O, alternativamente, dejar a los órganos judiciales del caso concreto la ponderación de intereses entre el derecho a la intimidad sobre estos datos y el derecho a la obtención de medios de prueba.

### **XXIV**

Centrándonos en casos especiales de exhibición documental, destaca, ya desde la regulación decimonónica, el distinto tratamiento que han recibido los libros de los comerciantes (art. 327 LEC). Este diferente trato puede deberse, fundamentalmente, a reminiscencias históricas, a las formalidades que rigen los libros de los empresarios o a que se trate de una prueba documental relacionada con la prueba de reconocimiento judicial.

### **XXV**

La exhibición de historiales clínicos suele constituir el único elemento probatorio del que dispone el paciente o el médico para

hacer valer sus pretensiones. Me adhiero a la opinión que atribuye la titularidad del historial al paciente, o a lo sumo, de que se trata de una titularidad compartida entre paciente y médico puesto que el historial es tanto como la biografía sanitaria del paciente anotada mediante los conocimientos científicos del profesional sanitario. Desde luego, el titular del historial nunca lo sería el centro hospitalario, solamente, porque lo que interesa no es el documento como soporte (custodiado por el hospital) sino lo reflejado en él.

## **XXVI**

Para la aportación de historiales clínicos resultan de aplicación las disposiciones del art. 327 LEC en relación con los aspectos que deben ser investigados a efectos del proceso. Es decir, no se aportará todo el historial sino que se especificarán los puntos a examinar como en el caso de los libros de los comerciantes.

## **XXVII**

En la referida aportación de historiales clínicos la negativa a exhibir incide intensamente en la esfera de derechos fundamentales del paciente. Si es el propio paciente el que solicita la exhibición del historial hay que entender que, con la mera petición, presta su consentimiento, y el centro deberá exhibirlo. Si es una de las partes la que formula la solicitud de aportación de la historia clínica de la contraria (por ejemplo, entidad aseguradora demandada que pretende demostrar la ocultación de una enfermedad por parte del demandante), si el interesado presta su consentimiento no existe óbice alguno para ordenar la exhibición. En el caso contrario, debería

dirigirse al tribunal exposición razonada de los motivos por los que se declina el consentimiento, y el tribunal decidirá si se trata de una explicación justificada o no. Si el paciente presta su consentimiento o sus razones son tenidas por no justificadas, se procederá a la exhibición de los aspectos señalados específicamente. Por el contrario, si no se presta su consentimiento y se trata de una exposición razonada no procederá la solicitud de exhibición.

## **XXVIII**

En nuestro ordenamiento rige el secreto profesional médico relativo, ya que ante el requerimiento judicial de exhibición el médico, por imperativo legal, no puede negarse a la aportación del informe clínico amparándose en el deber de secreto. En otro sentido diferente, se ha hablado incluso de un secreto médico difuso, expresión con la que se pretende dar a entender que tras la informatización de las historias clínicas en muchos casos el acceso a los historiales clínicos ha dejado de estar en poder exclusivo de los médicos o de otros muchos profesionales sanitarios (asistentes de quirófano, médicos internos residentes, etc.), de modo que, en determinadas ocasiones, incluso un profesional no sanitario pueda acceder a fuentes de datos clínicos.

## **XXIX**

Naturalmente, como todo ámbito particular de la vida humana, el de la actividad médica requiere del legislador que vele para que nadie quede privado de la tutela de sus derechos. Para alcanzar este objetivo, es necesario que el paciente tenga conocimiento de las

anotaciones subjetivas del médico en el historial. Dichas anotaciones serán revisadas por un órgano especializado que resolverá, al mismo tiempo, si en las anotaciones hay datos que afecten a la intimidad del facultativo impidiendo su conocimiento o si, por el contrario, pueden exhibirse y así lograr la conciliación entre la intimidad del médico y el derecho de acceso del paciente a su historial. La regla general sería la exhibición de estas anotaciones subjetivas al paciente puesto que en ellas, en la mayoría de los casos, no habrá manifestaciones que afecten a la esfera más íntima del profesional sanitario.

### **XXX**

La ingente afluencia de medios informáticos en nuestra sociedad es consecuencia directa de la expansión de Internet y de las TIC. La prueba electrónica tiene una naturaleza similar a la prueba documental (con normas comunes, por ejemplo, sobre exhibición). A pesar de estas normas comunes, según la sistemática de la LEC nos hallamos ante un nuevo medio de prueba, los llamados soportes informáticos y los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen (arts. 382 a 384 LEC).

### **XXXI**

La exhibición documental, y más aún de soportes informáticos, puede condicionarse a una provisión de fondos. En efecto, la exhibición puede comportar, a menudo, elevados costes (alguien debe encargarse de pasar largos intervalos de tiempo recopilando información de archivos informáticos, investigación de datos muy complejos, traslado de la información de un dispositivo informático a

un soporte papel, etc.), lo que justifica, tomando como ejemplo el art. 342.3 LEC, la necesidad de esta provisión de fondos. Se echa en falta una disposición en la LEC en la dirección apuntada.

### **XXXII**

Como particularidades de la exhibición de la prueba electrónica destacan las siguientes actuaciones que pueden llevarse a cabo: para exhibir se facilitará una copia del disco duro en el que esté contenida la información, se trasladarán todos los datos a un documento en soporte papel, se redactarán en acta las distintas etapas hasta llegar al documento en el supuesto de ficheros con formato no usual o tendrá lugar la protocolización del soporte original. Lo mismo también sucederá ante el fenómeno de la computación en *nube*. El soporte físico del tan utilizado correo electrónico, siguiendo lo apuntado en el estudio, puede ser el tradicional papel, los discos duros de los ordenadores de proveedores de correo o administradores de servidores de red, cualquier dispositivo móvil con tecnología *3G* o el *software* de un equipo informático.

### **XXXIII**

Por lo que respecta a la exhibición de datos de los operadores de telecomunicaciones, resulta desacertado limitar al proceso penal el deber de conservación y comunicación de datos generados en las telecomunicaciones ya que estos datos son de especial trascendencia, a efectos probatorios, en otro tipo de procedimientos. La exhibición de estos datos debe poder extenderse al proceso civil. Como

propuestas de *lege ferenda*, la LCDCE debería cambiar su tenor literal y dejar más margen de actuación a los demás procedimientos o establecer una serie de supuestos civiles en los que estaría permitida la tan mencionada comunicación de datos.

#### XXXIV

En contra de la opinión dominante, de que la implementación de una fase similar al *discovery* (o *e-discovery*) estadounidense en nuestro ordenamiento comportaría ciertos riesgos (coste elevado o excesivas dilaciones), entiendo que hay una serie de factores que pueden relativizar dichos riesgos: a) en nuestro ordenamiento disponemos de instituciones que sirven a los mismos fines; b) las diferencias entre *civil* y *common law* no son siempre nítidas y muchas de las instituciones del proceso civil español se asemejan más al *common law* que a la tradición continental (interrogatorio de los testigos por parte de los abogados, por ejemplo); c) el común origen, en el Derecho Romano, de los actos que conforman el *discovery* y nuestras diligencias preliminares; d) la posibilidad de potenciar la eficacia y virtualidad de las diligencias preliminares llevarían a resultados prácticos similares a los proporcionados por el *discovery*, y e) en España se están llevando a cabo técnicas electrónicamente similares al *e-discovery*.

Precisamente por las razones ahora expuestas, la utilización de los cauces y mecanismos procesales con los que cuenta el Derecho español para obtener la exhibición de documentos (aseguramiento de prueba, exhibición documental, diligencias preliminares),

introduciendo en su caso las reformas o mejoras legislativas convenientes, podría permitir alcanzar los mismos resultados prácticos, sin necesidad de incrustar en nuestra Ley procesal una problemática institución ajena a nuestra tradición jurídica y a la lógica de nuestros procesos civiles.

### **XXXV**

Para potenciar el atractivo del arbitraje como método de resolución de conflictos, es conveniente dotarlo de las mismas oportunidades que el proceso judicial en cuanto a la exhibición documental. En este sentido, no hay objeción alguna para aplicar el aseguramiento de la prueba o la exhibición al procedimiento arbitral. De igual modo resulta conveniente que puedan adoptarse diligencias preliminares en el arbitraje. La solución que se propone es ofrecer una fórmula de regulación concreta que podría incluirse en el art. 11 LA en la siguiente dirección: *asimismo, la cláusula de sumisión al arbitraje no impedirá, con anterioridad a las actuaciones arbitrales, la solicitud de diligencias preliminares*. Similar formulación (esta vez, en el art. 33.1 LA) debería tenerse en cuenta para el supuesto de las medidas de aseguramiento anteriores a las actuaciones arbitrales.

### **XXXVI**

Si atendemos a la coordinación entre diligencias preliminares, aseguramiento de la prueba, exhibición documental y Reglamento UE 1206/2001, cabe afirmar que para garantizar la efectividad de las diligencias de obtención de prueba que establece dicho Reglamento

podrían aplicarse requerimientos de exhibición o medidas de aseguramiento *inaudita parte*. Así como, la posibilidad de incluir las diligencias preliminares en el art. 1 del texto europeo. Por otro lado, para solucionar el no establecimiento, por parte del Reglamento, de un sistema unitario de medidas coercitivas se propone establecer una fórmula de equilibrio proporcional entre las medidas coercitivas de un Estado miembro y otro, entre los que ha mediado una solicitud de diligencias de obtención de prueba.



## **BIBLIOGRAFÍA**

ABEL LLUCH, Sobre la Prueba y el Derecho a la Prueba en el Proceso Civil, en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (directores), *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, Barcelona, 2007.

- Prueba Electrónica, en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (directores), *La Prueba Electrónica, Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba*, Barcelona, 2011.
- La Prueba Documental, en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (directores), *La Prueba Documental, Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba*, Barcelona, 2010.

AGIRREAZKUENAGA, Modelos comparados de Organización Judicial y Régimen de Selección o Elección de Jueces y Magistrados en *Revista del Poder Judicial*, número 75, tercer trimestre, 2004.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Comisiones Rogatorias y Obtención de Pruebas en el extranjero en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1905, de 15 de noviembre de 2001.

AGUILERA MORALES, Las Diligencias Preliminares en *Tribunales de Justicia*, número 4, abril 2001.

- Hacia la puesta en funcionamiento del Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad: EJIS en *Presente y Futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea*, Navarra, 2010.

ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil Procedure en *Uniform Law Review*, 2004-4.

ÁLVAREZ ALARCÓN, Arbitraje, Mediación, Conciliación/Las Diligencias Preliminares de la LEC: Conceptos Generales en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 27, 1995.

- *Las Diligencias Preliminares del Proceso Civil*, Barcelona, 1997.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ, Límites del Derecho de la Persona a no declararse culpable en *Cuadernos de Política Criminal*, número 75, 2001.

AMBRUS, Applied Technology in Litigation Proceedings (The Electronic Discovery Reference Model) en *Electronic Justice-Present and Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law Pécs, September 23-25)*, 2010.

ANEIROS PEREIRA, El Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Quincena Fiscal: Revista de Actualidad Fiscal*, número 17, 2002.

ARAZI, *La Prueba en el Proceso Civil*, Buenos Aires, 2008.

ARBÓS LLOBET (con DEL VALLE GARCÍA y FONS RODRÍGUEZ), Copias y Conservación de la Prueba Electrónica, en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (directores), *La Prueba Electrónica, Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba*, Barcelona, 2011.

ARIAS RODRÍGUEZ, Principios Constitucionales en el Proceso Civil/Breve examen de algunos aspectos del Derecho a la Tutela en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 22, 1992.

ARMENGOT VILAPLANA, Las Nuevas Diligencias Preliminares y las Especialidades en Materia Probatoria introducidas por la Ley 19/2006 en la LEC en *Revista General de Derecho Procesal*, número 13, octubre 2007.

ARMENTA DEU, La Verdad en el Filo de la Navaja (Nuevas Tendencias en materia de Prueba Ilícita) en *Revista Ius et Praxis*, número 2, 2007.

- *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2010.

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

- *Lecciones de Derecho Procesal Civil, Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, Madrid, 2010.

ASENCIO MELLADO, *La Práctica de la Prueba en el Proceso Civil en El Tribunal Supremo, su Doctrina Legal y el Recurso de Casación*, Madrid, 2007.

- La Prueba, en GIMENO SENDRA (dir.) y MORENILLA ALLARD (coord.), *Proceso Civil Práctico*, IV, Madrid, 2001.

BAHADUR, *Electronic Discovery, Informational Privacy, Facebook and Utopian Civil Justice* en *79 Mississippi Law Journal* 317, 2009.

BANACLOCHE PALAO, *Las Diligencias Preliminares*, Madrid, 2003.

- El Derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en *Cuadernos de Derecho Público*, número 10, 2000.

BARONA VILAR, *Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Pamplona, 2006.

- Adopción Judicial de Medidas Cautelares, en BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2004.

BELLIDO ASPAS, *La Utilización del Correo Electrónico como motivo de Despido Laboral*, en ABEL LLUCH (dir.) y GINÉS CASTELLET (coord.), *Empresa y Prueba Informática*, Barcelona, 2006.

BELLIDO PENADÉS, *Comentarios a los artículos 256 a 263 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en GIMENO SENDRA (dir.), *Proceso Civil Práctico III-2*, Madrid, 2010.

BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, 26 de marzo de 1999, número 147-9.

BONET NAVARRO, *La Prueba en el Proceso Civil, Cuestiones Fundamentales*, Madrid, 2009.

CABEZUDO BAJO, La <<Negativa>> a la Práctica de las Diligencias Preliminares en *Práctica de Tribunales*, número 40, julio-agosto 2007.

CACHÓN CADENAS, La Buena Fe en el Proceso Civil/ El Abuso del Proceso: Mala Fe y Fraude de Ley Procesal en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVIII, 2005.

CALAMANDREI, I., *La Prova Documentale*, Padova, 1995.

CALAMANDREI, P., Il Processo come Giuoco en *Rivista de Diritto Processuale Civile*, 1950.

CALOGERO, Probità, Lealtà, Veracità nel Processo Civile en *Rivista de Diritto Processuale Civile*, Vol. XVI, parte I, 1939.

CALVO CARAVACA, *Derecho Internacional Privado*, Granada, 2004.

CALVO SÁNCHEZ, La Prueba: Disposiciones Generales. Análisis de los Artículos 281 a 298 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. L. 1/2000 en *Revista del Poder Judicial* número 64. Cuarto Trimestre. 2001.

CAMPS LORENTE, Una Aplicación Multidisciplinar del Análisis de los Flujos de Información al Aseguramiento, Admisibilidad e Impugnación de la Prueba Electrónica en el Juicio Civil, en ABEL LLUCH, PICÓ JUNOY y RICHARD GONZÁLEZ (dirs.), *La Prueba Judicial. Desafíos en las Jurisdicciones Civil, Penal, Laboral y Contencioso-Administrativa*, Madrid, 2011.

CANDIAN, Documento e Documentazione en *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964.

CANTERO RIVAS, El Juez Civil ante la Investigación Biomédica/El Contenido de la Historia Clínica: Contenido mínimo y Reserva Profesional del Médico en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 10, 2004.

CANTONE, *La Prova Documentale*, Milano, 2004.

CAPPELLETTI, *La Testimonianza della Parte nel Sistema Dell'Oralità*, Tomo I, Milano, 1962.

CARNELUTTI, *La Prueba Civil*, Traducción de Alcalá Zamora, Buenos Aires, 1955.

- *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Volumen IV (procedimiento de conocimiento), Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo, Adiciones de Derecho Español por Niceto Alcalá-Zamora, Argentina, 1944.

CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, La Historia Clínica Informatizada en *La Implantación de los Derechos del Paciente*, Pamplona, 2004.

CARPI (con TARUFFO), *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 2006.

CARRERAS LLANSANA (con FENECH NAVARRO), *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962.

CARRINGTON, Technology and Civil Litigation in the United States in the Twenty-first Century en *Electronic Justice-Present and Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law Pécs, September 23-25)*, 2010.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, El Respeto de la Oralidad y los Principios Procesales en la utilización de la Videoconferencia para la Obtención de Pruebas

en materia Civil en la Unión Europea en *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente*, Vol. II (comunicaciones), Valencia, 2008.

CASTELLANO ARROYO (con GISBERT CALABUIG -coord.-), El Secreto Médico. Historia Clínica. Confidencialidad y otros Problemas Médico-Legales de la Documentación Clínica en *Medicina Legal y Toxicología*, Barcelona, 2004.

CAVALLONE, *Il Giudice e la Prova nel Processo Civile*, Padova, 1991.

- Esibizione delle Prove nel Diritto Processuale Civile en *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, Torino, 1991, VII.

CENTRE D'ESTUDIS COL·LEGIATS. COL·LEGI OFICIAL DE METGES DE BARCELONA. Història Clínica, Tecnologies de la Informació i Drets del Pacient en *Quaderns de la Bona Praxi*, Abril, 2010.

CERVILLA GARZÓN, Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica en *Actualidad Civil*, número 12, marzo, 2003.

CHANG HUANG, *Introducing Discovery into Civil Law*, United States of America, 2003.

CHIARLONI, Civil Justice: An Italian Perspective en *Civil Justice in Crisis*, Great Britain, 1999.

CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Traducción de José Casais y Santaló y Notas de Alfredo Salvador Bosque, Madrid, 1977.

CLEMENTE CASAS, Diligencias Preliminares y Medidas de Anticipación y Aseguramiento de la Prueba en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 12-2005.

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

*Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, traductores PÉREZ RAGONE y ORTIZ PRADILLO con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo e incluye artículos de PRÜTTING y DE FALCO, Uruguay, 2006.

COHEN, *Civil Procedure en 9 Ottawa L. Rev.* 374 1977.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, La Buena Fe y el Abuso del Proceso en el Ámbito Penal/ El Abuso del Proceso: Mala Fe y Fraude de Ley Procesal en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVIII, 2005.

CONGEDO (con MESSINA), European “Class” Action: British and Italian Points of View in Evolving Scenarios en *Munich Personal RePEc Archive*, 2009, paper No. 15900.

CORDÓN MORENO, Comentario a distintos artículos de la LEC en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2011.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Principios Constitucionales en el Proceso Civil/La Constitución Española y los Principios Rectores en el Proceso Civil en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 22, 1992.

- (con GIMENO SENDRA y MORENO CATENA),  
*Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1997.

COUTURE, Sobre el Precepto *Nemo Tenetur Edere Contra Se* en *Revista de Derecho Procesal*, 1993.

CUBILLO LÓPEZ, Comentario al artículo 32 de la Ley de Arbitraje, en HINOJOSA SEGOVIA (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Barcelona, 2004.

CUCARELLA GALIANA, *El Proceso Civil en Materia de Patentes*, Granada, 1999.

DAHM-LORAING, Acciones de Clase en Europa-Los Acontecimientos más recientes en *Gen Re*, 2009.

DE HOYOS SANCHO, Actos Procesales de Notificación y Nuevas Tecnologías en *La Ley*, número 2, 2003.

DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, Madrid, 2004.

- La Presentación de Documentos en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, número IV, 1970.
- Panorama general de la Reforma de la LEC por la Ley 34/84 en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, número 6, 1985.
- (con FERNÁNDEZ), *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1997.
- Sobre Conceptos Básicos del Derecho Procesal en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, número I, 1976.
- Comentario a distintos artículos de la LEC en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.
- Consideraciones Procesales sobre Documentos Electrónicos y Firma Electrónica en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005.
- (con GASCÓN INCHAUSTI), Ley de Enjuiciamiento Civil: Respuestas a 100 Cuestiones Polémicas en *Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Madrid, 2002.
- (con GASCÓN INCHAUSTI), Presentación de la traducción de la obra *La Justicia Civil en los Estados Unidos*, Obra Original de HAZARD y TARUFFO, Navarra, 2006.
- (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES), *Derecho Procesal Civil, Ejecución Forzosa, Procesos Especiales*, Madrid, 2005.
- (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES), *Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, 2004.

- DE LA OLIVA SANTOS (dir.), CALDERÓN CUADRADO, GASCÓN INCHAUSTI, SENÉS MOTILLA y VEGAS TORRES (coords.), *European Civil Procedure*, Navarra, 2011.

DE LORENZO APARICI, *Las Anotaciones Subjetivas de la Historia Clínica*, comunicación presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 2005, [www.aeds.org](http://www.aeds.org).

DE LORENZO SÁNCHEZ, ¿De Quién son Propiedad las Historias Clínicas? en *Deontología, Derecho, Medicina*, Madrid, 1977.

DE OTTO, La Regulación del ejercicio de los Derechos y Libertades. La Garantía de su contenido esencial en el Artículo 53.1 de la Constitución en *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.

DE URBANO CASTRILLO, Derechos Procesales Fundamentales/El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en *Manuales de Formación Continuada*, número 22, 2004.

- *La Valoración de la Prueba Electrónica*, Valencia, 2009.

DELGADO MARROQUÍN, ¿Quién Custodia las Historias Clínicas en un Centro de Salud? en *Casos de Ética Clínica. Consultas sobre Bioética Práctica*, [www.institutodebioetica.org](http://www.institutodebioetica.org), 2002.

DEL VALLE GARCÍA (con FONS RODRÍGUEZ, PICÓ JUNOY y QUERAL CARBONELL), Obtención y Aportación de Prueba Electrónica, en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (directores), *La Prueba Electrónica, Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba*, Barcelona, 2011.

DENTI, *La Verificazione delle Prove Documentali*, Torino, 1957.

DEVIS ECHANDÍA, La Iniciativa Probatoria del Juez Civil en el proceso contemporáneo en *RIDP*, IV, 1967.

- *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, Buenos Aires, 2002.

DÍAZ FUENTES, *La Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2004.

DÍAZ MARTÍNEZ, Las Diligencias Preliminares: Supuestos y Requisitos de la Solicitud en *Práctica de Tribunales*, número 40, julio-agosto 2007.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Artículo 24. Garantías Procesales en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Vol. III, Madrid, 1997.

- (con BORRAJO INIESTA y FERNÁNDEZ FARRERES), *El Derecho a la Tutela Judicial y el Recurso de Amparo. Una Reflexión sobre la Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, 1995.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Navarra, 2008.

- *Sobre Secretos Oficiales*, Madrid, 1998.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *La Doctrina de los Propios Actos*, Barcelona, 1963.

DÖHRING, *Die Erperschung des Sachverhalts im Prozess Beweiserhebung und Beweiswürdigung*, Traducción de Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1986.

FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Barcelona, 1990.

FEINMAN, *Introducción al Derecho de Estados Unidos de América. Todo lo que debe saber acerca del Sistema Jurídico estadounidense*, Traducción de Enrique Cruz

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

Mercado González, Revisión Técnica Magdalena Wong Bermúdez, México, 2004.

FENECH NAVARRO, *Derecho Procesal Civil. Introducción. Procedimientos Ordinarios de Declaración y de Ejecución*, Madrid, 1979.

FERNÁNDEZ HIERRO, Régimen Jurídico General de la Historia Clínica, en FERNÁNDEZ HIERRO (coord.), *La Historia Clínica*, Granada, 2002.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La Carga de Prueba en la Práctica Judicial Civil*, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Práctico: Formularios y Jurisprudencia sobre el Proceso Civil*, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ ROZAS, Arbitraje y Jurisdicción: Una Interacción Necesaria para la realización de la Justicia en *Derecho Privado y Constitución*, número 19, enero-diciembre 2005.

FERRÁNDIZ AVENDAÑO, La Propuesta Reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura y el <<Procedimiento para el Restablecimiento de la Legalidad>>, cuya Instrucción y Resolución se quiere atribuir a su Propuesta Segunda Sección en *Revista de Internet, Derecho y Política*, Universitat Oberta de Catalunya, junio, 2010.

FERRER GUILLÉN, Proceso y Nuevas Tecnologías, en ABEL LLUCH, PICÓ JUNOY y RICHARD GONZÁLEZ (dirs.), *La Prueba Judicial. Desafíos en las Jurisdicciones Civil, Penal, Laboral y Contencioso-Administrativa*, Madrid, 2011.

FERRERES COMELLA, Las Acciones de Clase (“Class Actions”) en la Ley de Enjuiciamiento Civil en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, número 11, 2005.

FRIEDENTHAL (con KANE y MILLER), *Civil Procedure*, Estados Unidos, 2005.

GAHTAN, *Electronic Evidence*, Toronto, 1999.

GARBERÍ LLOBREGAT, *Las Diligencias Preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2009.

- (con BUITRÓN RAMÍREZ), *La Prueba Civil, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios sobre Prueba y Medios de Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2004.

GARCÍA-LUBÉN BARTHE (con TOMÉ GARCÍA), *Temario de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2010.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Comentario a distintos artículos de la LEC, en CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA y TAPIA FERNÁNDEZ (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I, Navarra, 2001.

GASCÓN INCHAUSTI, Las Pruebas de tipo Documental en el Proceso Civil español (Documentos, Pericias, Medios de Reproducción de la Imagen y el Sonido, Medios para el Archivo de Datos), publicado en la página Web del *Consiglio Superiore Della Magistratura*, 2005.

- El Tratamiento de las Cuestiones Procesales con anterioridad a la Audiencia Previa al Juicio (I): La Inadmisión de la Demanda en *El Tratamiento de las Cuestiones Procesales y la Audiencia Previa al Juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2005.
- *La Justicia Civil en los Estados Unidos*, Obra Original de HAZARD y TARUFFO, Navarra, 2006.
- Electronic Service of Documents National and International Aspects en *Electronic Justice-Present and*

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

*Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law Pécs, September 23-25), 2010.*

- La E-Justicia en la Unión Europea: balance de situación y planes para el futuro (en diciembre de 2009) en *Presente y Futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea*, Navarra, 2010.

GILSANZ USUNAGA, *El Proceso Civil Estadounidense: La Tutela Judicial Cautelar*, Navarra, 2010.

GOLDSCHMIDT, J., *Teoría General del Proceso*, Barcelona, 1936.

GÓMEZ COLOMER, *El Nuevo Proceso Civil*, Valencia, 2000.

GÓMEZ ORBANEJA (con HERCE QUEMADA), *Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Madrid, 1979.

GÓMEZ PORRÚA, Acceso Judicial a la Obtención de Datos/Investigación Judicial y Secreto Bancario en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 25, 1997.

GONZÁLEZ DURÁNTEZ, La Reparación de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las Normas de Defensa de la Competencia en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 13-2006.

GONZÁLEZ GRANDA, Los Criterios de Disponibilidad y Facilidad Probatoria en el Sistema del Artículo 217 de la LEC en *Carga de la Prueba y Responsabilidad Civil*, Valencia, 2007.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Comentarios a la Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones en *Revista General de Derecho Procesal*, número 16, 2008.

GONZÁLEZ MONTES, La Prueba obtenida ilícitamente con violación de Derechos Fundamentales (El Derecho Constitucional a la Prueba y sus límites) en *Revista de Derecho Procesal*, número 1, 1990.

- (con BENAVIDES VELASCO, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, FONTESTAD PORTALÉS, GIMÉNEZ SÁNCHEZ, LARA LÓPEZ, LÓPEZ GIL, MOLINA CABALLERO, MONTES REYES y ROBLES GARZÓN –director y coordinador-), *Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2010.

GOTTWALD, Civil Justice Reform: Access, Cost, and Expedition. The German Perspective en *Civil Justice in Crisis*, Great Britain, 1999.

GOYENA HUERTA, Los Derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 476, 2001.

GROSS (con SYVERUD), Don't Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement en *44 UCLA L. Rev. 1* (1996-1997).

GROSSMANN, El Deber de Veracidad de las Partes Litigantes en los Juicios Civiles. Exposición de Derecho Comparado en *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 71, Buenos Aires, 1940.

GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Madrid, 1945.

- (con ARAGONESES), *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Navarra, 2005.

GUIDI, *Teoria Giuridica del Documento*, Milano, 1950.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA (con MONJE BALMASEDA), La Diligencia Preliminar de Petición de la Historia Clínica en *Los Avances del Derecho ante los Avances de la Medicina*, Pamplona, 2008.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES y CORDÓN MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (ALBALADEJO –dir.–), Madrid, 1991.

GUTIÉRREZ SANZ, La Asistencia Judicial en Materia Probatoria en el Arbitraje de Consumo a partir de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje en *Estudios sobre Consumo*, número 75, 2005.

GUZMÁN FLUJA, Comentario a distintos artículos de la LEC, en ESCRIBANO MORA (coord.), *El Proceso Civil*, Vol. III, Valencia, 2001.

HAMPTON DELLINGER, Word are enough: the troublesome use of photographs, maps and other images in Supreme Court opinions en *Harvard Law Review*, vol.110, 1997.

HAZARD (con FLEMING), *Civil Procedure*, United States of America, 1985.

- Reflexiones de los Redactores sobre los Principios del Proceso Civil Transnacional en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, noviembre 2004, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

HELMHOLZ, Origins of the Privilege Against Self-Incrimination: The Role of the European *Ius Commune* en *65 N.Y.U.L. Rev.* 962, 1990.

HERNÁNDEZ GARCÍA (con SÁIZ ARNAIZ), La Selección y Formación Inicial de los Jueces en España: Algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente) en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 568, 2003.

HERNÁNDEZ-MARTÍNEZ CAMPELLO (con SÁNCHEZ LEÓN), *La Prueba Pericial Médica*, Madrid, 2008.

HERNANDO ROBLES (con SEOANE RODRÍGUEZ y DE ASÍS), La Reserva de las Anotaciones Subjetivas: ¿Derecho o Privilegio? en *Revista Calidad Asistencial*, 2006, 21 (1).

HERRERA PETRUS, *La Obtención Internacional de Prueba. Asistencia Jurisdiccional en Europa*, Bolonia, 2005.

HUNTER AMPUERO, No hay Buena Fe sin Interés: La Buena Fe Procesal y Los Deberes de Veracidad, Completitud y Colaboración en *Revista de Derecho*, Vol. 21, número 2, 2008.

IGLESIAS BUHIGUES, La Cooperación Judicial en materia Civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam en *Revista General de Derecho*, 1998.

- (con CALDERÓN CUADRADO), Acceso a la Justicia y Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión (Unión Europea y España), en ARANGÜENA FANEGO (coord.), *Cooperación Judicial Civil y Penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada, 2011.

ILLÁN FERNÁNDEZ, *La Prueba Electrónica, Eficacia y Valoración en el Proceso Civil. Nueva Oficina Judicial, Comunicaciones Telemáticas (Lexnet) y el Expediente Judicial Electrónico. Análisis Comparado Legislativo y Jurisprudencial*, Navarra, 2009.

INSA MÉRIDA, GARCÍA GONZÁLEZ y LÁZARO HERRERO, Pruebas Electrónicas ante los Tribunales en la Lucha contra la Cibercriminalidad. Un Proyecto Europeo en *Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, mayo-agosto, 2008.

JIMENO BULNES, Las Nuevas Tecnologías en el Ámbito de la Cooperación Judicial y Policial Europea en *Revista de Estudios Europeos*, 2002.

- La Cooperación Judicial y Policial en el Ámbito de la Unión Europea en *Revista del Poder Judicial*, 1998, número 50.

JOLOWICZ, *On Civil Procedure*, United Kingdom, 2000.

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

JÚDEZ (con DELGADO, GRANOLLERS, HERNANDO, NICOLÁS y ZARCO), La Confidencialidad en la Práctica Clínica: Historia Clínica y Gestión de la Información en *Revista Medicina Clínica*, número 118 (1), 2002.

KANE, *Civil Procedure in a Nutshell*, Estados Unidos, 2007.

KIELMANOVICH, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado*, Buenos Aires, 2005, Tomo I.

KIRKPATRICK, Evidence Law in the Next Millenium en *49 Hastings L.J.*, 1998.

KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Traducción y adiciones de derecho español por Prieto-Castro, Madrid, 1932.

Libro Blanco. Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las Normas Comunitarias de Defensa de la Competencia. Bruselas, 2.4.2008 COM (2008) 165 final en *Estudios sobre Consumo*, número 85, Mayo, 2008.

LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter. Zusammengestellt, übersetzt und erläutert*, München, 1982.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Comentario al artículo 33 de la Ley de Arbitraje, en GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Madrid, 2004.

LORCA NAVARRETE, La Regulación de las Diligencias Preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una Regulación Inconstitucional en *Diario La Ley* número 5146, de 22 de septiembre de 2000.

LO VOI (con PATROLA), La Selezione e la Formazione del Giudice in Italia en *Revista del Poder Judicial*, número 69, primer trimestre, 2003.

LOZANO-HIGUERO PINTO, La Buena Fe Procesal: Consideraciones Doctrinales y Jurisprudenciales/El Abuso del Proceso: Mala Fe y Fraude de Ley Procesal en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVIII, 2005.

MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, Volumen II, Il Processo di Cognizione, Torino, 2006.

MANIOTIS, Über die Beweiskraft der Elektronischen Dokumente en *Electronic Justice-Present and Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law Pécs, September 23-25)*, 2010.

MANRESA NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, Tomo II, Madrid, 1910.

MAQUEDA ABREU, Exigibilidad y Derecho a no declararse culpable en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 44, 1991.

MARCHETTI, Dolo Revocatorio e Falsa Alegazione en *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XV, 1960.

MARINA GARCÍA TUÑÓN, La Función de los Libros de Contabilidad en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Valencia, 1995.

MARTÍ SÁNCHEZ, Las Agencias Administrativas en Estados Unidos: en la Encrucijada de Poderes en *Revista de las Cortes Generales*, número 67, 2006.

MARTÍN PASTOR, Un paso importante hacia el Proceso Telemático en España: El Sistema Informático de Telecomunicaciones *Lexnet* para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos en *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente*, Vol. II (comunicaciones), Valencia, 2008.

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

- (con BELLIDO PENADÉS, BONET NAVARRO, CÁMARA RUIZ, CUCARELLA GALIANA, JUAN SÁNCHEZ, MASCARELL NAVARRO y ORTELLS RAMOS), *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 2010.

MARTINET (con AKYUREK), The Perils of Taking Discovery to France en *The Practical Litigator*, september 2009.

MARTÍNEZ GARCÍA, Comentario al artículo 33 de la Ley de Arbitraje, en BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2004.

- *El Arbitraje en el Marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002.

MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 2010.

MAUET, *Pretrial*, United States of America, 2005.

MÉJICA GARCÍA, *Confidencialidad en la Información Sanitaria. Una Visión Jurídico-Legal*, comunicación presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 2005, [www.aeds.org](http://www.aeds.org).

MICHELI, *La Carga de la Prueba*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Bogotá, 2004.

- *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1970.

MILÁNS DEL BOSCH, El Pre-Trial Discovery of Documents en los Litigios Internacionales en *Legal Today*, Marzo, 2009, [www.legaltoday.com](http://www.legaltoday.com).

MONTERO AROCA, El Proceso Civil llamado <<Social>> como instrumento de <<Justicia>> Autoritaria en *Proceso Civil e Ideología*, Valencia, 2006.

- (con BARONA VILAR, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO), *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Valencia, 2004.
- *La Prueba en el Proceso Civil*, Madrid, 2007.
- Sobre el mito autoritario de la Buena Fe Procesal en el *Curso del Consejo General del Poder Judicial, El Abuso del Proceso: Mala Fe y Fraude de Ley Procesal*, celebrado los días 23 a 25 de mayo de 2005.

MONTESINOS GARCÍA, La Prueba en el Arbitraje (Las Nuevas Pruebas Electrónicas) en *Revista General de Derecho Procesal*, número 13, octubre 2007.

MORENO CASTILLO, La Titularidad de las Historias Clínicas en *Revista de Salud.com*, vol. 3, número 10, 2007.

MORENO CATENA, Comentario al artículo 603, en CORTÉS DOMÍNGUEZ (coord.), *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985.

- Análisis Crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje en *Estudios de Derecho de Arbitraje. Examen Crítico de la nueva Ley de Arbitraje*, San Sebastián, 1988.

MORENO NAVARRETE, *La Prueba Documental. Estudio Histórico-Jurídico y Dogmático*, Madrid, 2001.

- *Derecho-e Derecho del Comercio Electrónico*, Madrid, 2002.

MORGAN, Discovery, en la Conferencia, *Human Rights into the 21st Century*, University of Toronto, September, 1998.

MUERZA ESPARZA, El Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, sobre Obtención de Pruebas en materia Civil y Mercantil y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 2002, número 558.

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

MÜLLER, *Grenzüberschreitende Beweisaufnahme im Europäischen Justizraum*, Tübingen, 2004.

- (con HESS) Die Verordnung 1206/01/EG zur Beweisaufnahme im Ausland en *ZZPInt*, 6, 2001.

MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de Prueba Judicial Civil. LEC 1/2000*, Barcelona, 2001.

- El Reglamento de la Institución Arbitral a la luz de la Nueva Ley de Arbitraje en *Anuario de Justicia Alternativa, Especial Ley 60/2003*, número 5, 2004.

MURILLO DE LA CUEVA, La Protección de Datos en la Administración de Justicia/Derecho a la Intimidad y Nuevas Tecnologías en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 9, 2004.

MURPHY, *Evidence*, United Kingdom, 2000.

MURRAY (con STÜRNER), *German Civil Justice*, North Carolina, 2004.

NIEVA FENOLL, *Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 2009.

- Práctica y Valoración de la Prueba Documental Multimedia en *Actualidad Civil*, número 17, 2009.

OBERHAMMER (con DOMEJ), Germany, Switzerland, Austria (CA. 1800-2005) en *European Traditions in Civil Procedure*, Oxford, 2005.

O'HARE (con N HILL), *Civil Litigation*, London, 1993.

ORDOÑO ARTÉS, Asistencia Judicial para la Práctica de la Prueba en la Ley de Arbitraje, en GONZÁLEZ MONTES (coord.), *Estudios sobre el Arbitraje: los temas claves*, Madrid, 2008.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo, Madrid, 2004.

- *La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, Madrid, 2000.
- (con SEGURA CROS), Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros, en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (directores), *La Prueba Documental, Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba*, Barcelona, 2010.
- Firma Electrónica y Valor Probatorio ante las reformas proyectadas de la LSSI y en el borrador de APLFE en *Revista de Contratación Electrónica*, 30, 2002.
- La Firma Electrónica: Aspectos Probatorios en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2001.
- La Prueba mediante Soportes Informáticos y Medios Audiovisuales, en PEGUERA POCH (coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Navarra, 2010.
- La Prueba mediante Documento Electrónico digitalmente firmado en *Actualidad Civil*, número 8, 1999.
- Los Deberes de Conservación de Datos por parte de los Operadores de Telecomunicaciones y su Aportación al Proceso mediante Requerimiento Judicial en *Diario La Ley*, número 7055, 13 de noviembre de 2008.

ORTELLS RAMOS (con BELLIDO PENADÉS, BONET NAVARRO, CÁMARA RUIZ, CUCARELLA GALIANA, MARTÍN PASTOR y MASCARELL NAVARRO), *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 2001.

ORTIZ DURÁN (con FONS RODRÍGUEZ, PICÓ JUNOY, RÍOS LÓPEZ y VELÁZQUEZ VIOQUE), Aportación de Documentos en Supuestos Especiales (Aportación de Historiales Clínicos), en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

(directores), *La Prueba Documental, Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba*, Barcelona, 2010.

PASAMAR, Empresa y Prueba Informática, en ABEL LLUCH (dir.) y GINÉS CASTELLET (coord.), *Empresa y Prueba Informática*, Barcelona, 2006.

PECES-BARBA, *Derechos Fundamentales*, Madrid, 1986.

PEDERZOLI, El Acceso a la Función Judicial. Estudio Comparado/El Acceso a las Profesiones Legales en la República Federal de Alemania en *Manuales de Formación Continuada*, número 13, 2001.

PEDRAZ PENALVA, El Proceso y sus Alternativas/Arbitraje, Mediación, Conciliación en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 27, 1995.

PEITEADO MARISCAL, Posibles Aplicaciones Telemáticas en el Proceso Civil en *Presente y Futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea*, Navarra, 2010.

PELAYO PARDOS, Aspectos Jurídicos relacionados con la Historia Clínica en *Derecho Médico, Tratado de Derecho Sanitario*, Madrid, 2001.

PÉREZ GARCÍA, Impugnabilidad de la Delegación de Auxilio Judicial para la Práctica de las Pruebas. Situación Actual y *Desideratum* en *RCEA*, 1999.

PICÓ JUNOY, El Derecho a la Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (coords.), *Problemas Actuales de la Prueba Civil*, Barcelona, 2005.

- *El Juez y la Prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona, 2007.

- El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil y su Nueva Configuración Legal en *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, Tomo II, Volumen I, Madrid, 2004.
- *El Principio de la Buena Fe Procesal*, Barcelona, 2003.
- Comentario a distintos artículos de la LEC, en LORCA NAVARRETE (dir.) y GUILARTE GUTIÉRREZ (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Valladolid, 2000.
- La Prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil en *Diario La Ley*, número 4789, de 5 de mayo de 1999.
- *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, Barcelona, 1996.
- La Prueba Pericial en el Arbitraje en *Anuario de Justicia Alternativa*, número 6/2005, febrero.

PINEDO GARCÍA, La Historia Clínica como Medio Probatorio de la Vulneración del Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal y Autonomía del Paciente, en ABEL LLUCH, PICÓ JUNOY y RICHARD GONZÁLEZ (dirs.), *La Prueba Judicial. Desafíos en las Jurisdicciones Civil, Penal, Laboral y Contencioso-Administrativa*, Madrid, 2011.

PIZZORUSSO, La Experiencia Jurisdiccional: del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho/ Medio Siglo de Poder Judicial en Italia en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 13, 1998.

PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1985.

- *Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica Procesal Civil*, Volumen I, Madrid, 1950.
- *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Madrid, 1959.

RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una Transición Ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000.

- La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil en *Justicia*, I/1983.

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

- *Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Barcelona, 2008.
- *Arbitraje y Litigios Transfronterizos en un Foro Global*, Barcelona, 2005.
- *El Sistema Procesal Español*, Barcelona, 2010.

REQUEJO NAVEROS, El Secreto Profesional y el Secreto Profesional Médico: Concepto y Regulación Penal en *El Delito de Revelación de Secreto Médico y la Protección Penal de la Información Genética*, Madrid, 2006.

RESNIK, Managerial Judges en *96 Harv. L. Rev.* 374, 1982-1983.

RÍOS LÓPEZ (con FONS RODRÍGUEZ, ORTIZ DURÁN, PICÓ JUNOY y VELÁZQUEZ VIOQUE), Aportación de Documentos en Supuestos Especiales (Aportación de Historiales Clínicos), en ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY (directores), *La Prueba Documental, Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba*, Barcelona, 2010.

RIVAS FLORES (con NAVALÓN CEBRIÁN), Historia Clínica Electrónica: Normativa y Algoritmo de Acceso en *Los Avances del Derecho ante los Avances de la Medicina*, Pamplona, 2008.

RIVELLES ARELLANO, La Prueba Documental en *Estudios sobre la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2003.

RODA GARCÍA (con GALÁN CORTÉS), Las Historias Clínicas y su Incorporación a los Expedientes Judiciales en *Actualidad del Derecho Sanitario*, número 33, 1997.

RODRÍGUEZ LAINZ, El Principio de Proporcionalidad en la nueva Ley de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones (II) en *Diario La Ley*, nº 6860, 2008.

RODRÍGUEZ SOL, *Registro Domiciliario y Prueba Ilícita*, Granada, 1998.

ROMEO CASABONA (con CASTELLANO ARROYO), La Intimidad del Paciente desde la perspectiva del Secreto Médico y del Acceso a la Historia Clínica en *Derecho y Salud*, Vol. 1, número 1, 1993.

ROSENBERG, Sanctions to Effectuate Pretrial Discovery en *Columbia Law Review*, Vol. 58, No. 4 (Apr. 1958).

ROTHENBERG, ¿Son Perdurables los Documentos Digitales? en *Investigación y Ciencia*, marzo, 1995.

RÜBMANN, Electronic Documents. Security and Authenticity. Elektronische Dokumente. Sicherheit und Echtheit (Authentizität) en *Electronic Justice-Present and Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law Pécs, September 23-25)*, 2010.

RUEDA LÓPEZ, Comentario a distintos artículos de la LEC, en SUÁREZ ROBLEDANO (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (Textos legales, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios)*, Madrid, 2007.

RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Los Procesos Declarativos/Las Diligencias Preliminares en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 6, 2000.

SACRISTÁN REPRESA, La Prueba/La Prueba Documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 7, 2000.

- Comentario a distintos artículos de la LEC, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÀ-SOLER, VALLS GOMBAU (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Barcelona, 2000.
- Cuatro Consideraciones no muy extensas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en *Jueces para la Democracia*, número 40, 2001.

SAMANES ARA, *Las Partes en el Proceso Civil*, Madrid, 2000.

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

SANCHIS CRESPO, *La Prueba por Soportes Informáticos*, Valencia, 1999.

- (con CHAVELI DONET), *La Prueba por Medios Audiovisuales e Instrumentos de Archivo en la LEC 1/2000 (Doctrina, Jurisprudencia y Formularios)*, Valencia, 2002.

SANMARTÍN, La Fiscalización del Correo Electrónico en el puesto de trabajo. Licitud, Procedencia y Requisitos de Eficacia Probatoria en *Fundación Has*, [http://fundacionhas.com/articulos/articulo\\_9.htm](http://fundacionhas.com/articulos/articulo_9.htm).

SATTA (con PUNZI), *Diritto Processuale Civile*, Padova, 1993.

SCARSELLI, Lealtà e Probità nel compimento degli Atti Processuali en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1998, 1.

SCHEINDLIN, CAPRA and THE SEDONA CONFERENCE, *Electronic Discovery and Digital Evidence in a Nutshell*, United States of America, 2009.

SCHMIDT, *Alternativ-Kommentar ZPO*, Saarbrücken, 1987.

SCHÖNKE, *Derecho Procesal Civil*, Traducción inicial de Prieto-Castro y posteriormente, el texto ha sido refundido en su totalidad, habiendo ayudado el Prof. Fairén Guillén y los alumnos de la Cátedra del Prof. Prieto-Castro, Barcelona, 1950.

SENÉS MOTILLA, *La Intervención Judicial en el Arbitraje*, Pamplona, 2007.

SEOANE RODRÍGUEZ, *¿A Quién Pertenece la Historia Clínica? Una Propuesta Armonizadora desde el Lenguaje de los Derechos*, [www.ajs.es](http://www.ajs.es) (2002).

SEOANE SPIEGELBERG, *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Navarra, 2007.

SERRA DOMÍNGUEZ, La Prueba Documental, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (coord.), *Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Barcelona, 2000.

- Liberalización y Socialización del Proceso Civil (Las Facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales) en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, números 2-3, 1972.
- Naturaleza Jurídica del Arbitraje en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969.

SILVA MELERO, Exhibición de Cosas y Documentos en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo IX, Barcelona, 1958.

SIMPSON (con IVEY, KOPIL, SHELLEY, THOMPSON y WINTER,), Recent Developments in Civil Procedure and Evidence en *32 Tort & Ins. L.J.* 249, 1996-1997.

SOLER PASCUAL, Las Diligencias Preliminares. Notas sobre la Reforma acaecida por la Ley 19/2006, de 5 de junio con relación a los Derechos de Autor e Inventor en *Práctica de Tribunales*, número 40, julio-agosto 2007.

STADLER, *Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfverfahren*, Tübingen, 1989.

STAMPA, *Discovery Arbitral*, Madrid, 2011.

STÜRNER, La Obtención de Información Probatoria en el Proceso Civil (Gathering and Access to Evidence in Civil Procedure) en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX* (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2008).

TARUFFO, El Proceso de “Civil Law”: Aspectos Fundamentales en *Revista Ius et Praxis*, v. 12, número 1, 2006 (Versión On-line).

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

- *La Prueba*, Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2008.

TROCKER, U.S.-Style Discovery for Non-U.S. Proceedings: Judicial Assistance or Judicial Interference? en *International Journal of Procedural Law-Revue Internationale de Droit Processuel*, Vol. I, 2011.

- Transnational Litigation, Access to Evidence and U.S. Discovery: Exceptionalism? en *Current Topics of International Litigation*, Tübingen, 2009.

TULLIO LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milano, 1992.

Van RHEE, Introduction en *European Traditions in Civil Procedure*, Oxford, 2005.

VEGAS TORRES, *Obtención de Pruebas en ordenadores personales y Derechos Fundamentales en el ámbito de la empresa*, Madrid, 2011.

- Aplicaciones Telemáticas en el Proceso Civil: las Comunicaciones Telemáticas en *Presente y Futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea*, Navarra, 2010.

VELASCO NUÑEZ, Videoconferencia y Administración de Justicia en *La Ley*, número 5630, de 10 de octubre de 2002.

VERDERA y TUELLS, La Elección del Lugar y el Idioma en el Procedimiento Arbitral en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XI, 1995.

VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2005.

VILASAU SOLANA, Derecho a la Intimidad y Protección de Datos Personales en *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Barcelona, 2005.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, La Prueba Documental, en CORTÉS y MORENO (coords.), *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Madrid, 2000.

VILLAMARÍN LÓPEZ, *La Obtención de Pruebas en el Proceso Civil en Europa (Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo)*, Madrid, 2005.

- La Protección Constitucional del Derecho a no confesarse culpable en *Revista de Derecho Procesal Penal* (Argentina), número 1, 2010.
- Nuevas Tecnologías y E-Justicia en la aplicación del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo, de Obtención de Pruebas en *Presente y Futuro de la E-Justicia en España y la Unión Europea*, Navarra, 2010.

Von MEHREN and MURRAY, *Law in the United States*, United States of America, 2007.

WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozeß*, Neuwied/Darmstadt: Luchterhand, 1978.

WITHERS, Computer-Based Discovery in Federal Civil Litigation, an earlier version of this article appears in the *Federal Courts Law Review* at [www.fedjudge.org](http://www.fedjudge.org) (2000).

YÁÑEZ VELASCO, El Coste del Perito en el Proceso Civil y la Efectividad de la Tutela Judicial en *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, Barcelona, 2006.

## **WEBS DE INTERÉS CITADAS:**

*Legal Today*, el Portal Jurídico para los Abogados, [www.legaltoday.com](http://www.legaltoday.com).

Diario del Derecho, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

Ministerio de Justicia, [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es).

Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, [www.mityc.es](http://www.mityc.es) (actualmente este Ministerio queda rediseñado como Ministerio de Industria, Energía y Turismo).

Asociación Española del Derecho Sanitario, [www.aeds.org](http://www.aeds.org).

Instituto de Bioética y Ciencias de la Salud, [www.institutodebioetica.org](http://www.institutodebioetica.org).

Tecnologías de la Información, [www.computing.es](http://www.computing.es).

## ÍNDICE SISTEMÁTICO DE JURISPRUDENCIA<sup>555</sup>

### CAPÍTULO I

STS de 18 de noviembre de 1965.

STC 227/1991, de 28 de noviembre.

STC 7/1994, de 17 de enero.

STC 131/1995, de 11 de septiembre.

STC 1/1996, de 15 de enero.

STC 96/2000, de 10 de abril.

STC 157/2000, de 12 de junio.

STC 19/2001, de 29 de enero.

STC 165/2001, de 16 de julio.

STC 70/2002, de 3 de abril.

STC 147/2002, de 15 de junio.

STC 236/2002, de 9 de diciembre.

STC 4/2005, de 17 de enero.

STC de 12 de diciembre de 2005.

### CAPÍTULO II

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén número 406/1999 (Sección 1), de 15 de octubre (AC 1999/2313).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 828/2003 (Sección 4), de 27 de noviembre (JUR 2004/5532).

Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca número 48/1998, de 21 de octubre (AC 1998/7927).

Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca número 34/2002, de 5 de marzo (JUR 2002/127207).

---

<sup>555</sup>Las diferentes sentencias que se citan a lo largo del trabajo (y recopiladas en este anexo) han sido extraídas de distintas bases de datos.

Auto de la Audiencia Provincial de Zamora número 1/2003 (Sección Única), de 8 de enero (AC 2003/882).

Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz número 203/2003 (Sección 7), de 30 de abril (AC 2003/2001).

Auto de la Audiencia Provincial de Soria número 118/2003 (Sección 1), de 31 de octubre (AC 2004/185).

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 269/2004 (Sección 11), de 19 de julio (JUR 2004/225573).

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 132/2005 (Sección 19), de 20 de mayo (JUR 2005/155739).

Auto de la Audiencia Provincial de Murcia número 62/2005 (Sección 3), de 10 de junio (JUR 2005/234875).

Auto de la Audiencia Provincial de Bizkaia número 425/2005 (Sección 3), de 29 de junio (JUR 2005/203097).

Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres número 85/2005 (Sección 1), de 25 de octubre (JUR 2006/1803).

Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife número 128/2005 (Sección 4), de 31 de octubre (JUR 2005/260962).

Auto de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1), de 9 de junio (Recurso de Apelación número 143/2006).

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 218/2006 (Sección 15), de 27 de junio (AC 2007/560).

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 232/2007 (Sección 15), de 19 de julio (AC 2008/755).

Auto de la Audiencia Provincial de Castellón número 558/2007 (Sección 3), de 7 de diciembre (JUR 2008/109537).

Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 182/2008 (Sección 1), de 8 de octubre (AC 2009/2173).

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 15/2009 (Sección 13), de 22 de enero (AC 2009/1185).

Auto de la Audiencia Provincial de Granada número 42/2009 (Sección 4), de 13 de marzo.

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 13/2010 (Sección 21), de 19 de enero (JUR 2010/105996).

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 13/2010 (Sección 13), de 19 de enero (JUR 2010/105928).

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 207/2010 (Sección 1), de 26 de octubre (JUR 2010/382707).

Auto de la Audiencia Provincial de Alicante. Sección Octava. Tribunal de Marca Comunitaria, número 8/04.

Auto del Juzgado Mercantil de Huelva número 39/2009.

STS de 20 de junio de 1986.

STS de 20 de julio de 1993.

STS de 16 de septiembre de 1993.

STS de 10 de mayo de 1996.

STS de 20 de febrero de 1998.

STS de 21 de noviembre de 2000.

STS de 29 de noviembre de 2001.

STS de 28 de febrero de 2003.

STS de 13 de junio de 2003.

STS de 28 de junio de 2004.

STS de 18 de mayo de 2006.

Auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 575).

STC 22/1984.

STC 37/1988.

STC 126/1995.

STC 49/1999.

STC 94/1999.

STC 238/2000.

STC 10/2002.

### **CAPÍTULO III**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 19 de marzo de 1993.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 14 de enero de 1994 (AC 1994/11).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 14 de enero de 1994 (AC 1994/84).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas número 52/1997 (Sección 1), de 20 de febrero (AC 1997/809).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida número 230/1997 (Sección 2), de 9 de mayo (AC 1997/1139).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo número 4/1998 (Sección 2), de 12 de enero (AC 1998/3073).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres número 6/1998 (Sección 1), de 15 de enero (AC 1998/2774).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10), de 7 de marzo de 1998 (AC 1998/7094).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava número 258/1999 (Sección 1), de 24 de julio (AC 1999/2207).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia número 189/1999, de 29 de julio (AC 1999/1956).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Maó, número 413/2000 (Sección 3), de 12 de junio (AC 2000/2473).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 22/2001 (Sección 2), de 25 de enero (JUR 2001/122129).

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, número 147/2001 (Sección 1), de 12 de noviembre (ARP 2001/881).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de abril de 2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería número 12/2004 (Sección 2), de 3 de febrero (AC 2004/566).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1), de 12 de febrero de 2004, (AC 2004/592).

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1), de 16 de diciembre de 2004, (JUR 2005/14329).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8), de 22 de septiembre de 2005, (JUR 2005/262750).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, (Sección 5), de 22 de enero de 2007, (JUR 2007/266012).

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4), de 5 de mayo de 2008, (AC 2008/1113).

Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, número 330/2001 (Sección 5), de 22 de noviembre (JUR 2002/32429).

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, número 54/2004 (Sección 9), de 1 de marzo (AC 2004/1225).

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5), de 16 de marzo de 2004, (JUR 2004/127391).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 371/1995, de 19 de junio (JT 1995/893).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 332/2002, de 22 de marzo (JT 2002/1500).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Islas Baleares, Palma de Mallorca, número 50/2009, de 11 de febrero (AC 2009/300).

STS de 8 de julio de 1988.

STS de 28 de febrero de 1990.

STS de 15 de noviembre de 1991.

STS de 27 de junio de 1997.

STS de 20 de septiembre de 1997.

STS de 9 de octubre de 1997.

STS de 15 de abril de 1998.

STS de 14 de diciembre de 1998.

STS de 2 de octubre de 2000.

STS de 22 de febrero de 2001.

STS de 3 de junio de 2008.

STC 227/1991.

STC 7/1994.

ATC 877/1987, de 8 de julio.

#### **CAPÍTULO IV**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 6 de marzo de 1997 (AC 1997/610).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa número 326/1999 (Sección 1), de 30 de septiembre (AC 1999/7606).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14), de 31 de marzo de 2004 (AC 2005/391).

Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 25 de junio de 1996 (RJ 1996/4976).

STS de 12 de marzo de 1963.

STS de 12 de febrero de 1982.

STS de 2 de junio de 1990.

STS de 28 de junio de 1990.

STS de 19 de septiembre de 1993.

STS 452/1997.

STS 2450/1999.

STS de 26 de junio de 2001.

STS 2840/2001.

STS 4911/2002.

STS 2049/2004.

STS 3816/2006.

STS 6119/2007.

STS de 3 de junio de 2008.

STS 5985/2008.

STC 3291/2005.

## **CAPÍTULO V**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4), de 27 de febrero de 1995 (AC 1995/871).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa número 326/1999 (Sección 1), de 30 de septiembre (AC 1999/7606).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3), de 21 de febrero de 2002 (JUR 2002/136257).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1), de 23 de noviembre de 2002 (JUR 2003/66627).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3), de 11 de enero (AC/2005/342).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6), de 23 de abril (JUR/2007/262226).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13), de 2 de mayo (La Ley 113346/2007).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2), de 27 de junio de 2006 (JUR 2007/41135).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2), de 25 de enero de 2008 (JUR 2008/235221).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 18 de noviembre de 2009 (JUR 2010/77692).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 28 de enero de 2000 (AS 2000/146).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 30 de mayo de 2002 (AS 2002/2207).

Sentencia al caso C-275/06 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Promusicae c. Telefónica).

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 21 de diciembre de 2005.

STS de 24 de febrero de 1956.

STS de 5 de julio de 1984.

STS de 19 de abril de 1991.

STS de 30 de noviembre de 1992.

STS 293/1994.

STS de 3 de noviembre de 1997.

STS de 12 de junio de 1999.

STS de 2 de diciembre de 2000.

STS de 19 de noviembre de 2003.

STS de 4 de noviembre de 2009.

STC de 29 de noviembre de 1984.

STC 128/1988.

STC 231/1988.

STC 190/1992.

STC 57/1994.

STC 99/1994.

STC 142/1994.

STC 143/1994.

STC 207/1996.

STC 49/1999.

STC 166/1999.

STC 292/2000.

STC 14/2001.

STC 202/2001.

STC123/2002.

STC 56/2003.

STC de 24 de marzo de 2003.

STC 196/2004.

STC 281/2006.

STC 70/2009.

## **CAPÍTULO VI**

Case of Phillipps v. Phillipps (1878) 4 Q.B.D. 127, 139.

Case of Lever Bros. v. Associated Newspapers (1907) 2 K.B. 626.

Case of Sebright v. Hanbury (1916) 2 Ch. 245.

Case of Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495 (1947).

Case of Alaska v. Arctic Maid, 135 F.Supp. 164 (D. Alaska 1955).

Case of Société Nationale Industrielle Aerospatiale vs. United States District Court for the Southern District of Iowa, 482 U.S. 522, 1987.

Case of United States v. Quinn, 18 F.3d 1461 (9th Cir. 1994).

Case of Playboy Enterprises, Inc. v. Welles, 60 F. Supp. 2d 1050 (S.D. Cal. 1999).

Case of Northwest Airlines, Inc. v. Local 2000 International Brotherhood of Teamsters, AFL-CIO et al., Civil Action No. 00-08 (D. Minn. Feb. 2, 2000) (Order on Defendants' Motion for Protective Order and Plaintiff's Motion to Compel Discovery).

Case of Simon Property Group, L.P. v. MySimon, Inc., 194 F.R.D. 639 (S.D. Ind. 2000).

Case of Costantino v. Herzog, 203 F.3d 164 (2d Cir. 2000).

Case of United States v. Tank, 200 F. 3d 627 (9th Cir. 2000).

Case of United States v. Salgado, 250 F.3d 438 (6th Cir. 2001).

Case of United States v. Bennett, 363 F.3d 947 (9th Cir. 2004).

Case of Hopson v. The Mayor and City Council of Baltimore, 232 F.R.D. 228 (D.Md. 2005).

Case of Wachtel v. Health Net, Inc., 239 F.R.D. 81 (D.N.J. 2006).

Case of United States v. Safavian, 435 F. Supp. 2d 36 (D.D.C. 2006).

Case of Bowoto v. Chevron Corp., No. C99-02506, 2006 WL 1627004 (N.D. Cal. Jun. 12, 2006).

Case of Victor Stanley, Inc. v. Creative Pipe, Inc., No. MJG-06-2662, 2008 WL 2221841 (D. Md. May 29, 2008).

## **CAPÍTULO VII**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2), de 27 de febrero de 2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 175/2005 (Sección 4), de 22 de junio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 178/2005 (Sección 4), de 23 de junio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 946/2005 (Sección 5), de 19 de septiembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 139/2007 (Sección 12), de 1 de marzo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias número 29/2008 (Sección 7), de 25 de enero.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 239/2009 (Sección 4), de 5 de mayo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 55/2010 (Sección 15), de 4 de marzo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 419/2010 (Sección 4), de 22 de julio.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 255/2004 (Sección 21), de 19 de octubre.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 264/2005 (Sección 14), de 30 de septiembre.

Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares número 157/2005 (Sección 3), de 14 de octubre.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 147/2006 (Sección 12), de 1 de marzo.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 135/2006 (Sección 20), de 5 de abril.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 234/2007 (Sección 18), de 13 de noviembre.

*La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 110/2008 (Sección 12), de 12 de febrero.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 73/2008 (Sección 20), de 13 de febrero.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 178/2010 (Sección 9), de 22 de julio.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 191/2010 (Sección 25), de 22 de octubre.

Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz, de 4 de febrero de 2004 (AC 2005/163).

STC 99/1985, de 30 de septiembre.

STC 50/1990, de 26 de marzo.

STC 149/1995, de 16 de octubre.

