

EL *DISCOVERY* NORTEAMERICANO: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA HACIA EL PRESENTE

EVELYN VIEYRA LUNA
Universidad de Talca
evelyn.vieyra@utalca.cl
ORCID [0009-0005-8040-376X](https://orcid.org/0009-0005-8040-376X)

RESUMEN

El presente opúsculo ofrece una perspectiva histórica del *Discovery* en la fase *pretrial* de proceso civil norteamericano, por la carencia justamente de una fase preliminar central y autónoma dentro del proceso civil chileno, atendidas las externalidades positivas que de este instituto se predicaban que podrían solucionar varios de los inconvenientes que afronta nuestra justicia civil actual. El objeto es verificar si los fines del *discovery* siguen siendo los mismos que cuando se pensó en su implementación, así como, los intentos legislativos para frenar su uso como práctica abusiva. Para estos efectos se ha empleado el método exegético, a partir, principalmente del análisis de la *Rule 26* de las *Federal Rules Civil Procedure* y la dogmática relevante. El resultado ha sido la comprobación de que en el presente el *discovery* persigue fines diversos a los que motivaron su introducción normativa y que los incesantes esfuerzos por limitar las *fishing expeditions* han producido cambios positivos en la concepción y tramitación de esta herramienta procesal, convirtiéndose en un instituto atrayente para el proceso civil chileno.

Palabras Claves: descubrimiento, proceso civil, fase preliminar, prueba, práctica abusiva.

ABSTRACT

This booklet offers a historical perspective of Discovery in the pretrial phase of the North American civil process, due to the lack of a central and autonomous preliminary phase within the Chilean civil process, taking into account the positive externalities that this institute claims could solve. Several of the inconveniences that our current civil justice faces. The object is to verify whether the purposes of discovery remain the same as when its implementation was considered, as well as the legislative attempts to stop its use as an abusive practice. For these purposes, the exegetical method has been used, based mainly on the analysis of Rule 26 of the Federal Rules Civil Procedure and the relevant dogmatics. The result has been the verification that at present the discovery pursues different purposes than those that motivated its regulatory introduction and that the incessant efforts to limit fishing expeditions have produced positive chan-

ges in the conception and processing of this procedural tool, becoming an attractive institute for the Chilean civil process.

Keywords: discovery, civil process, preliminary phase, evidence, abusive practice.

Recibido: 15/08/2024 / **Aceptado:** 07/11/2024

INTRODUCCIÓN

Es imposible negar que el procedimiento civil chileno se encuentra desfasado con los tiempos actuales y anquilosado en viejas prácticas procesales, como la excesiva escrituración y formalismo, la delegación de las funciones del juez, las estrategias dilatorias de las partes y el abuso de las vías impugnatorias, entre otras, todo lo cual produciría la falta de eficiencia del sistema, generando retraso en la labor de los juzgados y un atasco de causas pendientes de una solución jurisdiccional definitiva¹. Por lo anterior, para nadie resulta desconocido, la extensa duración de los procesos civiles declarativos en Chile².

El estudio más reciente sobre la materia es el practicado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2020), el cual realizó un análisis de los hallazgos en el comportamiento de las causas civiles ingresadas al año 2014, desde el punto de vista de las partes litigantes, demostrando que a pesar de los esfuerzos la situación no ha variado³.

Se espera que, arremeta contra el problema, la tan anhelada reforma procesal civil, a propósito de la implementación de un procedimiento oral y, por tanto, la consagración del principio de oralidad, intermediación, continuidad, concentración y desformalización, entre otras propuestas normativas.

Sin embargo, ha transcurrido más de una década del proyecto legislativo en cuestión, lo que nos ha dado suficiente tiempo para analizarlo críticamente como para evaluar instituciones o regulaciones que resulten sincrónicas al derecho procesal contemporáneo y por qué no, ajenas a nuestra tradición jurídica⁴, con la prevención-por cierto- de que no cualquier institución puede llegar hacer trasplantada y, que por cierto, “[...] cualquier propuesta para importar procedimientos judiciales procedentes de otra sociedad, debería requerir un contraste cultural” (Chase, 2011, p. 7).

En los sistemas anglosajones posee muchísimo peso la fase de *pretrial*⁵ (o preliminar) dentro del *adversary system* de modo tal que, ha logrado transformar la estructura

¹ Boletín 8197-07 Mensaje S.E el presidente de la República, 12 de marzo de 2012, Santiago de Chile.

² Existen estudios empíricos desde la década de los 60’ (Correa Sutil, 1993, pp. 348 y 349).

³ En efecto, la duración de un procedimiento declarativo con apelación incidental es en promedio 710 días, mientras que, sin apelación inicial, es de 504 días. Sin embargo, sin hacer dicha distinción, el promedio asciende en 971 días, sin considerar fase recursiva. Dirección de Estudios de la Corte Suprema, *Comportamiento y cursos de tramitación de causas civiles del año 2014*” (Dirección de Estudios de la Corte Suprema, 2020, p. 78).

⁴ Sobre fragmentación de los esquemas tradicionales: *civil law* y *common law*, véase (Vieyra, 2023, pp. 119-175).

⁵ Desde la segunda mitad del siglo XIX se registra en EE.UU formas de codificación procesal que individualizan claramente la fase de preparación de la controversia en vista del debate-*trial*, me-

del proceso civil anglosajón (Taruffo, 2006, pp. 69-94; Passanante, 2014), atribuyéndole un rol fundamental.

Tan profunda ha sido la penetración de esta fase que discurre entre el inicio de la causa con el *complaint*, el desarrollo del *discovery* y, la *final pretrial conference*, que han llegado a ser entendida como una parte sustancial del debido proceso (Subrin, p. 307)⁶, la que ocupa ya un lugar por completo inseparable de la litigación civil (Subrin, p. 307, 312), en dichos ordenamientos jurídicos.

En lo que nos interesa en el *discovery* se realizan todas las actividades probatorias necesarias para que el debate pueda tener lugar del modo más rápido, ordenado y correcto (Varano, 1973, pp. 203, 207, 209; Taruffo 2008, p. 8). Este tiene lugar, a propósito de que una parte solicite a otra alguno de los dispositivos de descubrimiento contemplados en la legislación, a fin de acceder a información, prueba o fuentes de pruebas, sin previa autorización del tribunal, salvo objeción o en los casos de *disclosure* (divulgación obligatoria), cuyo intercambio constituye un imperativo jurídico.

De este instituto se predicen varias ventajas, entre ellas, la reducción de la tasa de judicialización, la promoción de *Alternative Dispute Resolution* (en adelante “ADR”) y el desincentivo de arremetidas sorpresas en el proceso civil.

A contrario sensu, el procedimiento civil chileno carece de una etapa preliminar autónoma y, central, atendido que la fase prejudicial, es de carácter eventual y entendida como una mera prosecución de fase introductoria, más no como una forma de investigación preliminar sobre las pruebas (Hazard & Taruffo, 2006, p. 141), por lo cual, la falta de esta y consecuencialmente del *discovery*, justifican su estudio, atendido los significativos beneficios que podría acarrear su implementación, en términos de eficiencia y transparencia.

Con todo, los trasplantes imprudentes de institutos e instrumentos jurídicos a sistemas distintos del originario pueden resultar peligrosos, por lo cual, resulta esencial, antes de evaluar su implementación practicar un estudio histórico jurídico del *discovery*, a fin de verificar si las ventajas que actualmente se le asignan fueron prevenidas al momento de su implementación en las *Federal Rules Civil Procedure* (en adelante “FRCP”) o bien, son efectos predecibles producto del desarrollo de la técnica legislativa motivada por el abuso que en esa época se le otorgó y acusó.

Para estos efectos se ha empleado el método exegético, a partir, principalmente del análisis de la *rule 26* de las *FRCP* y de la dogmática relevante en esta materia.

El resultado ha sido la comprobación de que en la actualidad el *discovery* persigue fines diversos a los que motivaron su implementación normativa y que los incansables esfuerzos por limitar las *ishing expeditions* han producidos cambios positivos en la concepción y tramitación de este instituto, toda vez que, queda históricamente demostrado que su intención ha sido la delimitación constante del mismo – en mayor o menor medida- justamente para evitar prácticas abusivas.

Por último, el presente opúsculo se desarrollará en tres ítems, el primero de ellos abordará el surgimiento del *discovery*; el segundo de ellos, las distintas reformas habi-

dante la introducción del *discovery* (Dondi, Ansanelli & Comoglio, 2017, p. 143; MacCoun, Lind & Tyler, 1992; Hazard & Taruffo, 2006, pp. 171-192).

⁶En materia penal, el *discovery* fue entendido como condición básica para la funcionalidad del proceso. Lo anterior fue puesto en relieve por la American Bar Association (Norton 1980, pp-661-723). En sentido análogo véase (Rosenberg, 1958, pp. 481 y ss.); (Wright & Miller, 1970, pp. 13 y ss.); (Glaser, 1968, pp. 29 y ss).

das a la *rule 26* de las *FRCP* y; el tercero, finalmente intentará exponer las perspectivas actuales del instituto objeto de estudio.

SURGIMIENTO DEL *DISCOVERY*

A partir del siglo XII, para el descubrimiento de los hechos se emplearon las “posiciones”, que consistían en preguntas redactadas afirmativamente a las que la contraparte debía responder categóricamente bajo juramento (Wyness, 1952, pp. 206-207).

Con clara influencia de los principios romano-canónicos, los tribunales eclesiásticos ingleses, adoptaron las “posiciones”, que unieron de forma casi inseparable con el libelo (*or complaint*), no obstante, las respuestas a las posiciones debían desarrollarse por separado de las repuestas al libelo.

En el procedimiento de *equity*, el lugar del libelo eclesiástico lo ocupaba el “*bill of complaint*”, el cual, a hacia finales del siglo XVII, además de contemplar una parte expositiva (*stating part*) y acusatoria con la evidencia (*charging part*), contemplaba una parte interrogativa (*interrogating part*), que se componía de interrogatorios específicos dirigidos al demandado. Así las cosas, las “posiciones” eran arrojadas en el escrito del *complaint*.

En el procedimiento de *common law*, el demandado estaba obligado a dar respuesta y en esto hacer la divulgación requerida, sin embargo, el demandado no podía incorporar “posiciones” al demandante, por lo cual, tampoco podía requerirlo a efectuar la divulgación.

El único método por el cual el demandado podía descubrir hechos era a través de la *exhibition of a cross-bill*. Esta última consistía en un procedimiento de interrogatorio ante la *Court of Chancery* - por orden de citación bajo el gran sello de la autoridad real y se fundaba en la concepción del *disclosure-compelling* (divulgación obligatoria), en la medida que el descubrimiento era ordenado por la autoridad real.

En tal caso, si una parte se negaba a declarar estaba sujeta, como cualquier otro testigo, al *contempt process* (desacato) y además “su demanda, respuesta, o la réplica podía ser rechazada”, el demandante contumaz se exponía así a la desestimación de su acción y el demandado contumaz a una sentencia en su contra por rebeldía. Considerando que en este período la parte todavía estaba inhabilitada para declarar porque tenía interés en el juicio y podía estar tentada a cometer perjurio, según las reglas generales de prueba, fue justamente, la inhabilitación de las partes, lo que le había dado al *Chancery procedure of discovery* su importancia dominante (Wyness, 1952, pp. 206-207), toda vez que el *discovery* se concebía como la única forma de conocer lo que el adversario sabía (Siller, 2013, p. 59).

Así las cosas, la falta o negativa de responder a una posición en el derecho romano canónico significaba que esa posición se afirmaba sin más, sin embargo, en el procedimiento de *equity*, primeramente, se empleaba el desacato y, sólo si resultaba ineficaz, el *bill* podía tenerse por confesado en su totalidad.

La *Court of Chancery* concedió así el *discovery* como ayuda para la acusación, o por medio de *cross-bill*, para la defensa de una demanda de reparación sustantiva bajo su jurisdicción particular. También lo concedió como ayuda para procedimientos pendientes en otro lugar, cuando su único objeto era justamente el “descubrimiento”. Por lo tanto, cualquiera de las partes de una acción de *common law* podría exhibir un *bill*

ante la *Court of Chancery* con el fin de descubrir evidencia material para ser utilizada en el juicio de dicho procedimiento, cuya revelación se hace mediante la contestación del demandado, pero como aquí no había ninguna demanda de reparación sustancial contra la cual defenderse, la respuesta no presentó el doble carácter anterior y si se estimaba suficiente ponía término al procedimiento (Wyness, 1952, p. 204).

Es importante recalcar que la *chancery* limitaba el descubrimiento a los hechos que respaldaban el caso de la parte que lo solicitaba⁷.

Estos antecedentes permitieron la introducción del *discovery* formalmente en el ordenamiento jurídico norteamericano. El primer paso fue la extensión a los tribunales *common law* de la facultad de obligar al *discovery*, al año 1800 de forma muy limitada en causas menores en Carolina del Sur (Wyness, 1952, p. 129-200), posteriormente se entendió como una característica del procedimiento ordinario en la legislación de Mississippi en 1828⁸ y ya en 1848, en Nueva York, se estableció un examen oral antes del juicio para reemplazar en su totalidad el método de *fact-discovery* que prevalecía hasta ese entonces, por el procedimiento *equity*.

El movimiento por el cambio se generalizó y no pasaron muchos años antes de que la innovación se convirtiera en la norma general en todas las jurisdicciones americanas.

Las reglas federales de *equity*, promulgadas en 1912, vinieron a formalizar la práctica del *bill of discovery*. En sus disposiciones 47 y 58, regía el descubrimiento en casos de *equity*, la primera norma preveía tomar la declaración de un testigo, y la segunda disposición, contempló tres dispositivos de descubrimiento: *documentary discovery* (inspección o producción de documentos en posesión de cualquiera de las partes que contengan prueba para la acción o defensa); *requests for admission* (solicitar a la parte una admisión por escrito) y los *written interrogatories* (conjunto de preguntas propuestas por la parte al adversario antes del juicio), y si bien estas normas no eran aplicables a los tribunales de *common law*, al litigante se le permitía promover un *bill of discovery* para que tuviera lugar (Siller, 2013, p. 50).

Lo anterior, sin perjuicio, de un estatuto federal de 1861, que incorporó la sección 15 de la *Judiciary Act* de 1789⁹ permitió a los tribunales de *common law* obligar el descubrimiento de documentos previo al juicio. Sin embargo, a dicha fecha los tribunales habían tenido una actitud reacia al respeto.

Con todo, el examen oral, por el método de deposición, era el medio más comúnmente obtenido. Tenía la importantísima ventaja de permitir que el examen para el

⁷ Advisory Committee on Rules, Advisory Committee on Rules, *note to subdivisión (b) de 1937* (Washington, The Supreme Court, 1937).

⁸ La petición debía ser bajo juramento, debía seguir una orden que decretara el *discovery*, y el *discovery* debía hacerse por escrito. *Act of 16 de febrero, 1828: Hutchinson, Mississippi Code* (1848), pp. 865-866 (Wyness, 1952, p. 205).

⁹ *Section of the Judiciary Act of 1789*, disponía: “[Todos] dichos tribunales de los Estados Unidos tendrán facultad en el juicio de acciones judiciales, previa moción y debida notificación de la misma, para exigir a las partes que presenten libros o escritos en su posesión o poder, que contengan pruebas. pertinentes a la cuestión, en los casos y circunstancias en que pudieran verse obligados a producir la misma por las reglas ordinarias de procedimiento de la cancillería; y si un demandante no cumple con dicha orden de presentar libros o escritos, será lícito para los tribunales respectivamente, a petición, dictar para el demandado la misma sentencia que en los casos de sobreseimiento; y si un demandado no cumple con dicha orden y no presenta libros o escritos, será lícito que los tribunales, respectivamente, a instancias como las antes mencionadas, dicten sentencia en su contra por rebeldía.” (Siller, 2013, p. 53).

discovery se extendiera al adversario y a terceros extraños al juicio (testigos) (Wyness, 1952, p. 211).

La referida práctica se admitió en Michigan en 1931, como en la de Illinois, mediante el procedimiento uniformado de *discovery* establecido por la *Practice Act* de 1933 (Wyness, 1952, p. 212). Posterior a ello, el 19 de junio de 1934 el Congreso aprobó la ley de habilitación que autorizó a la Corte Suprema a establecer nuevas reglas de procedimiento para los tribunales federales.

El 03 de junio de 1935, la Corte Suprema nombró un Comité Asesor para preparar y presentar un proyecto que unificará el sistema de reglas de *equity* y *common law*. Se formularon al menos seis anteproyectos, que culminaron con la propuesta de las *FRCP*, que fueron puestas en conocimiento el 30 de abril de 1937 (Siller, 2013, pp. 93-99) y que entraron en vigencia en 1938¹⁰, contemplando una nueva regulación¹¹ para el *discovery*¹², aplicable por primera vez a las causas civiles en general (Wyness, 1952, p. 213).

Así las cosas, el *discovery* fue introducido consciente y ampliamente por primera vez en 1938, con las *rules* 26-37 de las *FCPR*, que dieron ropaje normativo a algunos instrumentos de investigación usados en la *praxis* y como vimos extraídos del procedimiento *equity* (Bone, 2014, p. 298; Wright & Miller, 1970, pp. 21 y ss.; James, 1965, pp. 179 y ss.; Glaser, 1968, pp. 27 y ss.), a fin de resolver los casos sobre hechos y la evidencia, evitando sorpresas en el juicio.

Bone define en términos sencillos al *discovery* indicando que es aquel “proceso por el cual las partes obtienen información tanto una de la otra, como de terceros no cooperativos” (Bone, 2014, p. 297).

Con ello y adelantándonos, podemos señalar – desde ya - que, la introducción del *discovery* significó un cambio sustancial y radical, respecto a la situación anterior en la cual el debate era *carried in the dark*, y la principal táctica defensiva consistía en maniobrar en perjuicio del adversario la *unfair surprise* en la producción de las pruebas; no son por tanto infundadas las apreciaciones de aquellos que en ella han reconocido un factor decisivo para la racionalización del proceso y para la eliminación de la *Sporting theory of justice* que en el pasado dominó el sistema procesal (Taruffo, 2008; Wright & Miller, 1970, p. 18; Weinstein, 1962, p. 1437; Glaser, 1968, p. 30; Rosenberg, 1958, pp. 481 y ss.).

¹⁰ Previa a la introducción de estas, el comité asesor en 1937 comenta que la práctica más común en los EE.UU era tomar declaraciones previa notificación de la parte que las desea, sin ninguna orden del tribunal. De igual forma, indica que si bien la antigua practica de la cancillería limitaba el *discovery* a los hechos que respaldaban el caso de la parte que lo buscaba, esta limitación se abandonaba por la legislación moderna [de esta época]. Advisory Committee on rules, *note to subdivisión (b) de 1937* (1937).

¹¹ Es necesario hacer presente que las *FRCP* suplen a las reglas de *equity* y, que conforme a lo expuesto por el propio comité asesor la rule 47 de las reglas de *equity*, es suplida por la actual *rule* 26 de las *FRCP*.

¹² Resulta importante comentar, que el *discovery* también tuvo reconocimiento y aplicación en materia penal en las *Federal Rules of Criminal Procedure*, de 1944, específicamente en la *rule* 16, la cual tuvo una significativa ampliación en comparación con el *discovery* civil, por el desequilibrio de la relación jurídica procesal en esta materia. (Wright, & Miller, 1970, pp. 490 y ss.; Goldstein, 1960, pp. 1180 y ss.; Louisell, 1961b, pp. 922 y ss.; Louisell, 1961a, pp. 56 y ss.; Brennan, 1963, pp. 290 y ss.; Katsaris, 1975, p. 57).

REFORMAS A LA RULE 26 DE LAS FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE

Las reglas de las *FRCP* han sido enmendadas¹³ en 41 oportunidades¹⁴, de las cuales 13 de ellas repercuten en la *rule 26*¹⁵, cuyo análisis abordaremos en cuatro períodos: 1) enmiendas hasta la década de los 70'; 2) enmiendas hasta la década de los 90'; 3) enmiendas de la primera década del siglo XXI y; 4) enmiendas de la segunda década del siglo XXI.

Enmiendas hasta la década de los 70'

Este primer período corresponde a las enmiendas de los años 1946¹⁶, 1963¹⁷, 1966¹⁸ y 1970¹⁹, el cual está marcado por regular de forma más amplia, las deposiciones y el ámbito de aplicación del *discovery*, por lo cual fueron objeto de enmiendas

¹³ Resulta interesante comentar que, estas reglas son enmendadas a propuestas de un Comité Asesor. Las propuestas son publicadas y sujetas a la opinión pública. Luego cualquier propuesta es revisada a su vez, por el *Standing Committee of the Judicial Conference* (Comité permanente de la Conferencia Judicial), la *Judicial Conference* (Conferencia judicial) y la *Supreme Court* (Corte Suprema), ésta última una vez que adopta los cambios, remite las reglas al Congreso y si éste no las objeta, estas entrarán en vigencia posteriormente.

¹⁴ En las siguientes fechas: (1°) 28 de diciembre de 1939; (2°) 27 de diciembre de 1946; (3°) 29 de diciembre de 1948; (4°) 30 de abril de 1951; (5°) 17 de abril de 1961; (6°) 21 de enero de 1963; (7°) 28 de febrero de 1966; (8°) 4 de diciembre de 1967; (9°) 30 de marzo de 1970; (10°) 1 de marzo de 1971; (11°) 20 de noviembre de 1972 y 18 de diciembre de 1972; (12°) 29 de abril de 1980; (13°) 21 de octubre de 1980; (14°) 12 de enero de 1983 (15°) 28 de abril de 1983; (16°) 29 de abril de 1985; (17°) 2 de marzo de 1987; (18°) 25 de abril de 1988; (19°) 18 de noviembre de 1988; (20°) 30 de abril de 1991; (21°) 9 de diciembre de 1991; (22°) 22 de abril de 1993; (23°) 27 de abril de 1995; (24°) 23 de abril de 1996; (25°) 11 de abril de 1997; (26°) 24 de abril de 1998; (27°) 26 de abril de 1999; (28°) 17 de abril de 2000; (29°) 23 de abril de 2001; (30°) 29 de abril de 2002; (31°) 27 de marzo de 2003; (32°) 25 de abril de 2005 2005; (33°) 12 de abril de 2006; (34°) 30 de abril de 2007; (35°) 23 de abril de 2008; (36°) 26 de marzo de 2009; (37°) 28 de abril de 2010; (38°) Abril de 2013; (39°) 25 de abril de 2014; (40°) 29 de abril de 2015; (41°) 28 de abril de 2016. Con todo, a la fecha se encuentra una reforma pendiente, véase *Committee on Rules of Practice and Procedure. Preliminary Draft. Proposed Amendments to the Federal Rules of Appellate, Bankruptcy, and Civil Procedure* (United States Courts, February 16, 2024), 157 pp.

¹⁵ Es importante advertir que existe a la fecha una propuesta para enmendar la *rule 26* (f)(3) (D) para abordar las preocupaciones por la aplicación del requisito de la *rule 26* (b)(5)(A) de que las partes productoras describen los materiales retenidos por motivos de privilegio o como materiales de preparación del juicio, atendido que el cumplimiento de esta última *rule* puede implicar costos muy elevados, que a menudo incluyen un "registro de privilegios" documento por documento (*Committee on rules of practice and procedure*, 2024, p. 138). Sin embargo, atendido que es un anteproyecto, no abordaremos esta propuesta en la evolución histórico-normativa que se analizará.

¹⁶ Véase *Advisory Committee on Rules, notes of Advisory Committee on Rules- 1946 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 1946).

¹⁷ Véase *Advisory Committee on Rules, notes of Advisory Committee on Rules- 1963 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 1963).

¹⁸ Véase *Advisory Committee on Rules, notes of Advisory Committee on Rules- 1966 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 1966).

¹⁹ Véase *Advisory Committee on Rules, notes of Advisory Committee on Rules- 1970 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 1970).

principalmente las subdivisiones de las letras (a) y (b) y, se incorporó la letra (d) de la *rule 26* de la *FRCP*.

Después de la guerra, hubo una fuerte tendencia de ampliar y valorar los instrumentos del *discovery*, con miras a la exigencia de facilitar a las partes la adquisición de los conocimientos necesarios para una eficaz defensa en el *trial* aumentando al mismo tiempo la potencialidad global del sistema en cuanto a la determinación de la base de la decisión (Flemming, 1965, p. 184; Moore & Vestal & Kurland, 1962, pp. 1043 y ss., sea en el sentido de racionalizar entre las partes el acceso a tales instrumentos con la finalidad de una mayor corrección del *trial* y de la eliminación de la *unfair surprise* (o sorpresa injusta) proveniente de la defensa más hábil o de la parte dotada de mayores poderes de investigación.

Particularmente, se reformaron las “deposiciones”, toda vez que habían sido reguladas para que tuvieran lugar en casos excepcionales, lo que no ocurría en la práctica, por lo cual, se introducen modificaciones a fin de autorizarlas con fines de descubrimiento o para la obtención de pruebas.

De igual forma, se amplió el alcance del examen del *discovery*, a fin de abarcar no sólo pruebas para su uso en el juicio sino también la investigación de cuestiones en sí mismas inadmisibles como prueba, pero que fueran conducentes al descubrimiento de dichas pruebas, tales como los nombres de los testigos o cualquier otro asunto que pudiera ayudar a una parte en la preparación o presentación de su caso. Ello, a causa de que se había limitado erróneamente el *discovery* sobre la base de la admisibilidad de la prueba, al sostener que la palabra “relevante” en realidad significaba “material admisible bajo las reglas de la prueba”.

Lo anterior, alcanza su apogeo a propósito de las enmiendas de 1970, con la finalidad última de forjar un sistema amplio y generalizado de *discovery* (Taruffo, 2008, p. 9).

Estas enmiendas se tradujeron, principalmente, en la reorganización de las normas dispersas sobre *discovery*, a fin de concentrarlas en una única norma - *rule 26*-general y supletoria; la enumeración de todos los dispositivos de *discovery* posibles de utilizar en un proceso civil; la extensión del *discovery* en las pólizas de seguros; la eliminación del requisito “justa causa” para el descubrimiento de documentos u objetos respecto a la preparación del *trial*, atendida su ambigüedad y, la incorporación de una nueva disposición [subdivisión (d)] sobre el momento y secuencia de este instituto, a fin de eliminar cualquier plazo fijo en la secuencia del *discovery* como de dejar clara y explícita la facultad del tribunal para establecer el período en que se llevará a cabo mediante una resolución dictada para el caso particular.

En esta pasada, resulta importante comentar, que no hubo intención alguna de limitar la frecuencia del uso de los dispositivos del *discovery*, sino todo lo contrario, se reformuló la *rule 26* para cubrir un alcance de carácter general respecto a su aplicación, provocando con ello, un acrecentamiento del uso abusivo del mismo, donde encontraron absoluto asidero las críticas que se habían formulado ya años anteriores.

Enmiendas de las décadas de los 80' y 90'

En 1980²⁰, se incorporó por primera vez la subdivisión (f), en la *rule 26*, a fin de introducir un plan de *discovery* por los abogados que, a falta de acuerdo, lo determina el tribunal. Asimismo, se enmendó mínimamente la *rule 26 (b) (1)* con respecto al alcance del *discovery* y se realizó un cambio en la *rule 33 (a)* para limitar la cantidad de preguntas que se podían hacer en los interrogatorios a las partes.

Si bien en esta época era muy grave en ciertos casos el *discovery*, en opinión del Comité asesor, no era tan general como para requerir cambios tan básicos en las normas que regían el *discovery* en todos los casos, por lo cual, a su juicio la mejor manera de prevenir el abuso era mediante la intervención del tribunal, caso a caso.

Sin embargo, las críticas se siguieron sosteniendo, atendido que en la *praxis* este instituto violaba el espíritu de sus normas, al utilizarse como arma táctica defensiva de solicitudes irrazonables o evasiva de solicitudes razonables de descubrimiento, excesivamente dilatoria y costosa en proporción a la naturaleza del caso, el monto involucrado o los asuntos o valores en juego, en lugar de exponer los hechos y esclarecer los problemas.

Consecuentemente, el *discovery* resultaba un gran dolor de cabeza. En virtud de ello, en 1983²¹, se realizaron nuevas enmiendas con el objetivo principal de desalentar el *discovery* redundante o desproporcionado, mediante la posibilidad de limitar el uso de los diversos métodos de descubrimiento a solicitud de las partes o de oficio por el tribunal cuando resultaba acumulativo o duplicativo; cuando las partes habían tenido previamente amplia oportunidad de obtener la información y; en los casos en que estuviera fuera del alcance de su ámbito de aplicación.

A mayor abundamiento, las enmiendas contemplaron una mayor participación judicial en el proceso de *discovery*, mediante la potestad de reducirlo cuando identificaba que se le otorgaba un uso abusivo. Una manifestación de esto último se tradujo en la posibilidad de restringir el número de declaraciones juradas, interrogatorios o el alcance de una solicitud de producción.

Lo anterior, demostró un reconocimiento implícito de que en realidad no siempre podía operar el *discovery* sobre la base de una autorregulación, era necesario que el juez asumiera protagonismo a fin de impedir que el *discovery* fuera usado como un arma de desgaste o como un dispositivo para coaccionar una parte.

En este mismo sentido- para frenar el abuso del *discovery*-, se impuso a los abogados el deber de participar en el *discovery pre-trial [rule 26(g)]*, como manifestación de los principios de responsabilidad y buena fe procesal consistentes con el alcance y el propósito de la *rule 1 FRCP22*, otorgándole la facultad explícita al juez de sancionar a los abogados que no cumplieran con los estándares establecidos en la norma, a fin de que se convirtiera en una exigencia que usarán, debido a la renuencia de imponer sanciones.

²⁰ Véase Advisory Committee on Rules Advisory Committee on rules, *notes of Advisory Committee on Rules- 1980 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 1980).

²¹ Véase Advisory Committee on Rules Advisory Committee on rules, *notes of Advisory Committee on Rules- 1983 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 1983).

²² “Estas reglas (...) deben ser interpretadas, administradas y empleadas por el tribunal y las partes para asegurar la determinación justa, rápida y económica de cada acción y procedimiento”.

Lo anterior, permitiría que cuando el abogado declarará (o certificará) sobre la razonabilidad de su solicitud, respuesta u objeción de *discovery*, lo hiciera de forma consciente y con la prevención de las sanciones de las cuales podría ser objeto.

En 1993²³, la enmienda más importante, es aquella que impone a las partes el deber de revelar sin solicitudes previas cierta información básica que se necesita en la mayoría de los casos para preparar el juicio o tomar una decisión informada sobre un acuerdo o transacción, mediante la adición de los párrafos (1) a (4) en la letra (a) de la *rule* 26, lo que se conoce como “*disclosure*”.

El objetivo principal es acelerar el intercambio de información básica sobre el caso y eliminar el papeleo involucrado en la solicitud de dicha información. Con ello, se busca que, todas las partes intercambien información sobre los posibles testigos, prueba documental, daños y seguros; proporcionar declaraciones escritas sobre los hechos para su posterior ofrecimiento como testigos o peritos en el juicio, así como identificar la evidencia que en general cada parte puede ofrecer en el juicio.

Asimismo, se impone a las partes antes de revelar la información de hacer una investigación razonable de los hechos del caso. Es importante exponer que se busca la “razonabilidad” y no la “exhaustividad” de dicha investigación, lo cual variará según factores tales como: número y complejidad del conflicto; ubicación, naturaleza, número y disponibilidad de los testigos y documentos potencialmente relevantes, e incluso el tiempo que la parte tiene para ello (antes o después de la presentación del caso).

Con todo, lo anterior no impide que el tribunal exija mediante resolución o norma local que las partes revelen información adicional sin la solicitud de *discovery*. Tampoco se les impide a las partes utilizar métodos tradicionales de descubrimiento.

No obstante, la disposición permite al tribunal, por norma local, eximir en todos los casos o en casos particulares estos requisitos de divulgación o bien, modificar la naturaleza de la información que se divulga.

Enmiendas de la primera década del siglo XXI

La facultad para eximir del “*disclosure*”, introducida en 1993, permitió que las normas locales eximieran a todos o gran parte de los casos del *disclosure* o bien alteraron su funcionamiento, lo que aparejó una sorprendente variedad de regímenes locales para este instituto.

En efecto, la permisividad de las normas locales respecto al *disclosure* generó gran disparidad en su tratamiento, por lo que al año 2000²⁴ se optó por la eliminación de la autoridad del juez local de eximir del *disclosure*, a fin de otorgarle uniformidad al tratamiento y exigencia del instituto procesal referido a nivel nacional.

En este mismo período, además se fijó un término para llevar a cabo el *disclosure* inicial de 14 días después de la *Petrial Conferences*, a fin de brindar una oportunidad más ordenada para que las partes revisen las divulgaciones y para que el tribunal considerará el informe que describe un plan de *discovery*, a fin de tenerlo a la vista con antelación a la audiencia de programación o del ingreso de la orden de programación.

²³ Véase Advisory Committee on Rules Advisory Committee on rules, *notes of Advisory Committee on Rules- 1993 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 1993).

²⁴ Véase Advisory Committee on Rules Advisory Committee on rules, *notes of Advisory Committee on Rules- 2000 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 2000).

De igual forma, se procedió a la modificación, entre otras enmiendas, de la disposición relativa al *discovery* de información no admisible como prueba. La oración “razonablemente calculado para conducir al descubrimiento de evidencia admisible” fue enmendada para aclarar que la información debía ser relevante para ser descubrible, aunque fuera inadmisibile y; se establecieron presuntos límites nacionales sobre el número de declaraciones e interrogatorios.

Lo anterior, sin embargo, no fue suficiente, atendido que, la creación y comunicación de información digital, se volvió una realidad generalizada, a causa de la globalización y, consecuentemente, su almacenamiento, como fuente de información y datos, mediante el uso de *hardware* y *software* hizo necesario promulgar procedimientos para el mantenimiento y descubrimiento de información almacenada electrónicamente, lo que se concretó mediante las enmiendas del año 2006²⁵, específicamente, la modificación de la *rule 26* (a) (1) (B) y la *rule 34* (a) (1), que significó un enfoque expansivo de lo que podía descubrirse durante la fase de *pre-trial* en el proceso civil norteamericano.

La característica más importante de esta nueva regulación normativa es que pretendió ser lo suficientemente amplia para cubrir todos los tipos actuales de información basada en la computadora²⁶, y lo suficientemente flexible para abarcar cambios y desarrollos futuros.

El legislador norteamericano, aprovecha esta reforma, para intentar nuevamente limitar el uso excesivo y abusivo del *discovery* otorgándole al juez la facultad de establecer condiciones para que tuviera lugar el *discovery* como también para limitarlo en los casos que estimará necesarios [*rule 26* (b)(2)(C)], a propósito de la cantidad, el tipo o las fuentes de información que se requiere acceder y producir, así también la inclusión de un pago por parte del requirente del descubrimiento o la totalidad de los costos razonables que origina la obtención de información de fuentes que no son razonablemente accesibles, debido a una carga o costo indebido, en los casos, que el legislador le otorgo discrecionalidad al juez para ello.

En este punto, se le otorgo al tribunal la facultad de ordenar igual el *discovery* en esta hipótesis en casos que el solicitante demuestre justa causa y, se refiera a la consideración de las limitaciones al descubrimiento establecidas en la actual *rule 26* (b)(2) (i)(ii)(iii).

De igual forma, amplió considerablemente las cuestiones a discutir en la audiencia prevista en la *rule 26* (f), a fin de evitar dilaciones posteriores.

Por el año 2007²⁷, si bien se realizan nuevas enmiendas sobre la materia estas se caracterizaron por ser en su gran mayoría estilísticas, más no sustanciales. Particularmente se produjo un cambio en el lenguaje, para que las *rules of civil Procedure* fueran más fáciles de entender y para que el estilo y la terminología fueran consistentes sistemáticamente con todas las *rules*.

Posteriormente, se producen las enmiendas del año 2010²⁸, particularmente respecto al *discovery* de peritos, por las confusiones que habrían producido las enmiendas

²⁵ Véase Advisory Committee on Rules Advisory Committee on rules, *notes of Advisory Committee on Rules- 2006 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 2006).

²⁶ Véase *rule 34* (a) (1) *FRCP*.

²⁷ Véase Advisory Committee on Rules Advisory Committee on rules, *notes of Advisory Committee on Rules- 2007 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 2007).

²⁸ Véase Advisory Committee on Rules Advisory Committee on rules, *notes of Advisory Committee on Rules- 2010 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 2010).

de 1993 [*rule 26 (b)(4)(A)* y *rule 26 (a)(2)*], que erróneamente fueron interpretadas a fin de inferir en todas las comunicaciones entre abogados y peritos y de los informes. Lo anterior aparejó efectos indeseables, toda vez que aumentó el costo y puso en jaque el derecho a defensa técnica.

Ello porque los abogados prefirieron emplear dos grupos de peritos (uno para consultas y otro para testificar en juicio) a fin de evitar la elaboración de “informes” extensos previos, como para impedir el acceso a las interacciones colaborativas con el perito, toda vez que podía revelar los datos más sensibles y confidenciales de su caso, obligándolos por lo demás, a adoptar una aptitud cautelosa, lo cual infería en su trabajo.

A raíz de ello, el 2010, se modificaron las disposiciones (a)(2) y (b)(4)(A) de la *rule 26*, a fin de solucionar los inconvenientes generados en la *praxis* del *disclosure* y *discovery* del perito. A partir de esta fecha, la divulgación de un perito sólo tiene lugar respecto de aquellos que no están obligados a proporcionar informes periciales y limita el informe pericial a hechos o datos (en lugar de “datos u otra información”) considerada por el perito al formar las opiniones que se van a expresar (no sólo de aquellos que se basa el perito), pero excluye las teorías o impresiones mentales de los abogados.

Asimismo, se proporcionó protección a las interacciones entre peritos y abogados, a fin de evitar el descubrimiento o revelación de informes periciales, salvo casos específicos. Con ello, se establece como regla general la prohibición del *discovery* de las comunicaciones entre abogado y perito y los informes, salvo las excepciones establecidas en las *FRCP*.

Asimismo, se aclaró la situación de que un perito que no estaba obligado a presentar un informe podía declarar como testigo de hecho y brindar testimonio experto, como el caso de los médicos, profesionales de salud y empleados de una de las partes que no brindan regularmente testimonio de expertos.

Enmiendas de la segunda década del siglo XXI

El año 2015²⁹, se vuelven a practicar modificaciones a la *rule 26*. Se enmienda específicamente la disposición (b)(1) de la referida norma legal, que tiene que ver con el “alcance y límites del *discovery*”.

En esta oportunidad se eliminó la referencia a ejemplos de *discovery*, como documentos, objetos, identidad y ubicación de personas que hacía la *rule 26 (b)(1)*, atendido que el *discovery* esta tan arraigado a la cultura jurídica norteamericana que ya no es necesario abarrotar el extenso texto de la *rule 26*, con esos ejemplos.

Se establecen como factores determinantes para el alcance de este instituto que, la información que puede ser objeto de *discovery* sea “relevante” para la acción o defensa de cualquier parte y “proporcional” a las necesidades del caso, haciendo referencia de manera explícita a las consideraciones que debiesen tener a la vista a la hora de determinar el factor “proporcionalidad”.

Este cambio refuerza la obligación de las partes de firmar las declaraciones de *disclosure* y las solicitudes, respuestas u objeciones de *discovery* [*rule 26(g)*] en orden

²⁹ Véase Advisory Committee on Rules Advisory Committee on rules, *notes of Advisory Committee on Rules- 2015 Amendment* (Washington, The Supreme Court, 2015).

a considerar estos factores (“relevancia” y “proporcionalidad”) al utilizar justamente estos institutos.

Ahora, resulta importante aclarar que, el cambio no impone a la parte que busca el *discovery* la carga de abordar todas las consideraciones de proporcionalidad ni tampoco pretende permitir que la parte contraria rechace el descubrimiento simplemente haciendo una objeción de que no es proporcional, sino más bien, busca que la “proporcionalidad” guíe y determine la responsabilidad de las partes y el tribunal sobre la materia.

Lo anterior se basa en la idea de que, las partes pueden iniciar el descubrimiento sin una apreciación completa de los factores que influyen en la proporcionalidad, pueden tener en principio poca información sobre la carga o el costo de responder e incluso sobre la importancia de la prueba para resolver las cuestiones tal como las entiende la parte solicitante.

Por ello, las *FRCP*, esperan que estas incertidumbres se aborden y resuelvan en la audiencia entre partes que tiene lugar de conformidad a la *rule* 26(f), como en la planificación y audiencias previas al juicio con el tribunal, quien resolverá en caso de desacuerdo considerando toda la información proporcionada por las partes y teniendo la vista los factores que determinan el alcance del *discovery*, y cuando proceda, hará efectiva las responsabilidades de las partes (son las mismas de 1983).

Si bien ya existían previamente factores que determinaban la proporcionalidad conforme a las necesidades del caso, en esta oportunidad se agregó un factor, todos ellos considerados de forma explícita en la norma, estos son: importancia de las cuestiones en juego³⁰; el monto de la controversia; el acceso relativo de las partes a información relevante (asimetría de información); los recursos de las partes³¹; la importancia del *discovery* para resolver las cuestiones y si la carga o gasto³² del descubrimiento propuesto supera su probable beneficio.

Restaurar la proporcionalidad como un componente expreso del alcance del descubrimiento también justifica las facultades o potestades del juez para los casos que las partes sean incapaces de llevar a cabo el *discovery* de forma eficaz y colaborativa o derechamente no lo logren hacer por sí solas.

En esta oportunidad también, entre otras enmiendas, se modificó de la disposición [*rule* 26 (b)(1)], la última frase que decía que “el *discovery* de información relevante, pero inadmisibles que parece razonablemente calculada para conducir al descubrimiento de evidencia admisible”, atendida la ambigüedad de los términos “razonablemente

³⁰ Para estos efectos ya, el Comité de 1983, advirtió que la “proporcionalidad” o “relevancia” no se agota en la consideración del monto monetario involucrado, toda vez que, muchas otras áreas sustantivas también pueden involucrar litigios que buscan cantidades relativamente pequeñas de dinero, o nada de dinero, pero que buscan reivindicar valores personales o públicos de vital importancia. Advisory Committee on Rules (1983).

³¹ Comité expuso que, la consideración de los recursos de las partes no excluye las solicitudes de presentación de pruebas dirigidas a una parte sin recursos, ni justifica las solicitudes ilimitadas de presentación de pruebas dirigidas a una parte rica.

³² La carga o el gasto del descubrimiento propuesto deben determinarse de manera realista. Esto incluye la carga o el gasto de producir información almacenada electrónicamente. En estos casos, los tribunales y las partes deberían estar dispuestos a considerar las oportunidades para reducir la carga o el gasto del descubrimiento a medida que se disponga de medios confiables para buscar información almacenada electrónicamente.

calculada”. La frase actual dice: “*La información dentro de este alcance de discovery no necesita ser admisible como evidencia para ser descubrible*”.

Por otra parte, se modificó la *rule 26(b)(2)(C)(iii)*, que se refiere a los casos en que se debe limitar la frecuencia o alcance del *discovery*, a fin de reflejar la transferencia las consideraciones que se relacionan con la proporcionalidad de la *rule 26(b)(1)*. Es decir, el tribunal debe limitar la frecuencia o alcance del *discovery* propuesto a petición de las partes o de oficio, si esta fuera del alcance de la *rule 26(b)(1)*.

Así también se modificó la *rule 26(c)(1)(B)* para incluir un reconocimiento expreso de las órdenes de protección que asignan gastos para el *disclosure* (divulgación) o el *discovery* (descubrimiento). Reconocer la autoridad no implica que la transferencia de costos deba convertirse en una práctica común. Los tribunales y las partes deben seguir asumiendo que la parte demandada normalmente corre con los costos de la respuesta.

Se agregó la *rule 26(d)(2)* para permitir que una parte pueda solicitar el descubrimiento de documentos, información almacenada electrónicamente; objeto e inspección y otros fines (*rule 34*) a otra parte en un lapso de más de 21 días después de que esa parte haya sido notificada. Lo anterior para enfocar la discusión e instar a la resolución o claridad de las inquietudes, justamente durante la audiencia de la *rule 26(f)*.

Además, se volvió a enumerar la *rule 26(d)(3)* a fin de incorporar que las partes puedan estipular secuencias de *discovery* específicas para cada caso.

Adicionalmente se modificó la *rule 26(f)(3)* en paralelo con la *rule 16(b)(3)* para agregar dos elementos al plan de *discovery*: cuestiones sobre la preservación de la información almacenada electrónicamente y órdenes judiciales bajo la *rule 502* de Evidencia.

Finalmente podemos señalar en este apartado que, a la luz de las enmiendas de la *rule 26* y otras, que tiene que ver con su aplicación. Para cumplir con su carga, la parte demandada debe presentar razones específicas de por qué el descubrimiento solicitado no es proporcional a las necesidades del caso. Esto requerirá que las partes implementen planes de descubrimiento para responder a solicitudes de descubrimiento, especialmente en aquellos casos que involucran información almacenada electrónicamente, que incluyen identificar las fuentes de información relevante, identificar las fuentes de información almacenada electrónicamente que no son razonablemente accesibles, y determinar el costo que se asociará con la recopilación, procesamiento y revisión de la información almacenada electrónicamente (Scavone, 2016, p. 2).

PERSPECTIVAS ACTUALES DEL *DISCOVERY*

Conforme a lo antes expuesto, podemos afirmar la importancia en la cultura jurídica norteamericana del instituto del *discovery* (y *disclosure*), cuya legislación no ha descansado en perfeccionarlo y, justamente por el mal uso que se le dio al mismo.

En efecto, las partes y los abogados usaron esta herramienta procesal, como táctica obstruccionista dilatoria (por ejemplo, mediante las *depositions* con preguntas irrelevantes o reiterativas) o como práctica abusiva de las *fishing expeditions*, que consiste en la petición indiscriminada de documentos para hallar cualquier cosa que sirva para

la demanda o defensa³³, sin considerar, por lo demás, los costos del descubrimiento o divulgación.

Asimismo, algunos a fin de evadir la entrega de los documentos requeridos mediante *discovery*, podían destruir o cambiar de sitio documentos relevantes, o podían interpretar capciosamente la solicitud y deducir que los documentos que le eran desfavorables no se encontraban entre los requeridos (Hazard & Taruffo, 2006, pp. 130-131).

Tratándose de los abogados, le era [es] conveniente extender el *discovery*, porque mientras más dure el conflicto extrajudicial, más honorarios por su labor pueden cobrar (Nieva, 2015, p. 99). Tanto fue así que, Hazard y Taruffo, afirmaron en su oportunidad, a propósito de estudios empíricos, que en muchos tribunales civiles norteamericanos el tiempo para complementar el *discovery* y llegar al juicio era entre tres y cinco años (Hazard & Taruffo, 2006, p. 244).

Consecuencialmente, en base a lo anterior, se podrían promover acuerdos, bajo presiones, los cuales muchas veces no eran justos, pero que luego de una reflexión parecieran ser la decisión financiera más prudente, en lugar de pasar por la carga del descubrimiento y, en última instancia, correr el riesgo de un juicio sobre el fondo (Wolfe, 2015, p. 159).

Profundamente unido a lo anterior, se afirmó que mientras mayor sea la inversión que cualquiera de las partes ha hecho en la investigación previa al juicio, mayor es el incentivo que esta tiene para evitar el riesgo de pérdida total que podría implicar el juicio (Langbein, 2012, p. 546).

De igual forma, es habitual que cuando una parte abusa[ba] del *discovery*, haciendo que una parte se desgaste buscando gran cantidad de material innecesario, la contraparte responda de la misma manera, optando por su parte, por un “*discovery* excesivo”, produciéndose un “*guerra de discovery*” (Hazard & Taruffo, 2006, pp. 117-118).

Consecuentemente la regulación histórico-normativa del *discovery*, en la *rule 26 FRCP* y demás normas aplicables, facilitó su uso como herramienta abusiva, por la falta de limitaciones o factores que restringieran su alcance, como por la falta de disposiciones manifestativas de los principios de buena fe procesal y colaboración entre las partes, así también por la carencia de facultades reguladoras del juez en relación con este instituto y a la fase *pretrial*. Por lo cual, en muchas ocasiones el *discovery* se puede ver rodeado por la desconfianza y el temor de maniobras fraudulentas (Hazard & Taruffo, 2006, p. 131).

No obstante, hoy la *rule 26 (b)(1)*, determina el alcance del *discovery* a partir de una serie de presupuestos copulativos para que tenga lugar, a saber: a) asuntos no privilegiados; b) asuntos relevantes y; c) asuntos proporcionales a las necesidades del caso.

Conforme a estos factores, podemos afirmar que este instituto se enmarca en un amplio contexto de admisibilidad, que solo tiene por excepción aquellos *privileges*³⁴ o exclusiones, expresamente normados por la ley o declarados por la instancia judicial

³³ “la petición indiscriminada de documentos para hallar algún tipo de infracción y, a continuación, buscar potenciales clientes perjudicados”, a propósito de infracciones al derecho del consumidor (Morales, 2021, p. 433).

³⁴ En los casos que se solicite el *discovery* de un asunto privilegiado, la parte puede solicitar una orden de protección a fin de evitar su divulgación o revelación. Las materias que son objeto de privilegios, no se encuentran reguladas en las *FRCP*, sino más bien, en las *Rules Federales of Evidence*, específicamente *rule 501* y *Rule 502*.

para los casos en que se demuestra que la revelación de alguna prueba resulta ilegal, inconveniente o desaconsejable (Gilsanz, 2010, p. 99).

Asimismo, que debe tratarse de asuntos relevantes, lo que significa la información que se pueda obtener con el descubrimiento debe ser sustancial para que una de las partes pueda colmar sus pretensiones o para el aseguramiento de una prueba a propósito de su acción o defensa.

De igual forma, el asunto debe ser proporcional a las necesidades del caso, para lo cual el legislador considera una serie de criterios que han de tener en cuenta tanto las partes a la hora de solicitar, responder u objetar el *discovery*, como el juez a la hora de intervenir en caso de desacuerdo de estas. Este criterio se incorporó, a fin de facilitar la comprensión de este presupuesto procesal en términos de limitar el uso abusivo de esta herramienta procesal, partiendo de la idea, de que no bastaba la autorregulación para una completa eficiencia del instituto.

Para estos efectos, el legislador norteamericano a la fecha dispone de un listado de criterios que permiten determinar dicha proporcionalidad, estos son: 1) importancia de las cuestiones en juego; 2) monto de la controversia; 3) acceso relativo de las partes a la información relevante; 4) recursos de las partes; 5) importancia del descubrimiento para resolver los problemas; 6) si la carga o el gasto del *discovery* propuesto supera su beneficio probable.

De estos criterios podemos afirmar, en primer lugar, que el monto de las controversias se refiere a la cuantía, esto es, al valor de la cosa disputada en términos susceptibles a apreciación pecuniaria, es sólo un factor que debe equilibrarse con otros factores, como la importancia de las cuestiones en juego, esto es, la importancia de los temas sustantivos, medidos en términos filosóficos, sociales o institucionales.

En segundo lugar, la norma reconoce que muchos casos en esferas de política pública, tales como prácticas laborales, libertad de expresión y otros asuntos, pueden tener una importancia mucho mayor que la cantidad monetaria involucrada³⁵. Muchas otras áreas sustantivas también pueden involucrar litigios que buscan cantidades de dinero relativamente pequeñas, o nada de dinero, pero que buscan reivindicar valores personales o públicos de vital importancia.

En tercer lugar, la consideración de los recursos de las partes no excluye las solicitudes de *discovery* dirigidas a una parte sin recursos, ni justifica las solicitudes ilimitadas de descubrimiento dirigidas a una parte rica. La nota del comité asesor de 1983 advirtió que “[l]a corte debe aplicar los estándares de manera imparcial que impida el uso del descubrimiento para librar una guerra de desgaste o como un dispositivo para coaccionar a una parte, ya sea financieramente débil o rica”³⁶.

En cuarto lugar, la carga o el gasto del descubrimiento propuesto debe determinarse de manera realista. Esto incluye la carga o el gasto de producir información almacenada electrónicamente. En este aspecto los tribunales y las partes deben estar dispuestos a considerar las oportunidades para reducir la carga o el gasto del descubrimiento a medida que se disponga de medios confiables para buscar información almacenada electrónicamente.

³⁵ Advisory Committee on rules (1983).

³⁶ Advisory Committee on rules (1983).

En quinto lugar, el descubrimiento debe ser relevante para el reclamo o la defensa de cualquier parte. La distinción entre asunto relevante para un reclamo o defensa y asunto relevante para el objeto del asunto se introdujo en 2000³⁷.

Además de regular el alcance y limitaciones del *discovery*, la *rule 26*, contempla una serie de preceptos subdivididos en letras [(a)-(g)] relacionados con la materia, a saber: la subdivisión (a) dispone de una divulgación inicial, que consiste en un intercambio de información obligatoria. Luego, en la disposición correspondiente a la subdivisión (c) se establecen las órdenes de protección (respectos a las materias que gozan de privilegios); en la subdivisión (d) se regula expresamente el período de tiempo como la tramitación del *discovery*; en la subdivisión (e) se reglamentan las divulgaciones y respuestas complementarias; en la subdivisión (f) la conferencia (o audiencia) entre partes y la planificación del *discovery* y finalmente en la subdivisión (g), se establece la obligación de suscribir (firmar) las divulgaciones y solicitudes, respuestas y objeciones de descubrimiento.

Adicional a ello, a la fecha, este instituto descansa sobre la base de los principios de buena fe procesal y colaboración.

Si bien las *FRCP* no definen “buena fe procesal”, podemos entender como manifestación de este principio, la incorporación de la *Rule 26 (g) (B) (ii)* respecto a la firma de abogado en una solicitud, respuesta u objeción de *discovery*, a fin certificar (y acreditar) que la misma no se interpuso con un propósito inapropiado, como hostigar, causar retrasos innecesarios o aumentar innecesariamente los costos del litigio.

Por su parte, el recurso a la buena fe de las partes se hace presente en forma particularmente relevante en aquellos casos en que la ley impone sanciones³⁸, para la parte que incurre en una reticencia injustificada de colaborar con el proceso o en la entrega de información incompleta o falsa³⁹. Para estos efectos, se entrega al juez la verificación de la conducta procesal que han de observar las partes (Subrin, 2002, p. 303).

La sanción proporciona al litigante de buena fe un alivio económico de importancia, al imponer en su contradictor el cargo de costear la erogación que representa el proceso (Peña, 2017, p. 98).

Por su parte, podemos encontrar expresiones del principio de colaboración en el deber de las partes de asistir a la conferencia de la *rule 26 (f)*; en la entrega que se hace a las mismas de la determinación de la secuencia del *discovery*⁴⁰; como en la posibilidad de formular un plan de *discovery*⁴¹, que se ajuste a las opiniones y propuestas de ambas partes.

En su defecto, se contemplan sanciones gravosas, por ejemplo, ante el incumplimiento de la obligación de *disclosure* o la expresión mendaz o incompleta de sus ele-

³⁷ La Nota del Comité Asesor, el año 2000 ofreció tres ejemplos de información que, debidamente enfocada, sería relevante para los reclamos o defensas de las partes. Los ejemplos fueron “otros incidentes del mismo tipo, o relacionados con el mismo producto”; “información sobre arreglos organizacionales o sistemas de archivo”; e “información que podría usarse para acusar a un posible testigo”.

³⁸ En 1994, Hench, expone que no se ha comprobado que el endurecimiento de las sanciones al litigante de mala fe no ha importado un efecto notorio en la reducción del uso abusivo del *discovery*. (Hench, 1994, p. 193).

³⁹ *Rule 37(a)(2)(B)*; *rule 37 (a)(4)(A)*; *rule 37(d)*; *rule 37(g) FRCP*.

⁴⁰ *Rule 26(d)(3) FRCP*.

⁴¹ *Rule 26(f)(3) FRCP*.

mentos, una vez emplazada la parte por el juez, es sancionada con importantes cargos económicos y con la preclusión del derecho de la parte a valerse en cualquier de las etapas del proceso de la prueba afectada por la reticencia o desacato de la parte⁴².

A ello se suma, la asunción del rol del juez (*case management*). Si bien, el *discovery* está configurado para desarrollarse mayoritariamente sin intervención judicial. La excepción, es el surgimiento de una disputa entre las partes que no consiguen resolver por sí mismas. Existen dos instrumentos procesales, dos peticiones que se pueden formular al tribunal dependiendo de la posición que se ocupe. Por un lado, y desde la perspectiva del solicitante, existe la denominado *motion to compel*. A la inversa, desde la perspectiva del requerido, concurre la llamada *protective order* (Gual Grau, ya sea a través de las cada vez más frecuentes peticiones internacionales de *discovery* provenientes de los Estados Unidos, ya sea por el creciente contacto que con su práctica se puede obtener a través, principalmente, del arbitraje comercial internacional, parece estar ganando presencia en nuestro entorno. Resulta oportuno exponer sucintamente su funcionamiento básico y tratar de entender tanto sus mecanismos principales (las *depositions* o los requerimientos de documentación 2011, p. 117).

Mediante estas últimas órdenes, el juez puede llegar a eliminar por completo el *discovery*, o puede limitar su alcance o establecer determinadas condiciones en relación con el tiempo y lugar de su práctica⁴³. Constituyen claramente un potente instrumento en manos del juez (Gual Grau, ya sea a través de las cada vez más frecuentes peticiones internacionales de *discovery* provenientes de los Estados Unidos, ya sea por el creciente contacto que con su práctica se puede obtener a través, principalmente, del arbitraje comercial internacional, parece estar ganando presencia en nuestro entorno. Resulta oportuno exponer sucintamente su funcionamiento básico y tratar de entender tanto sus mecanismos principales (las *depositions* o los requerimientos de documentación Cristían (2011, p. 118).

Las diligencias de *discovery* se incluyen en la programación que las partes ofrecen al juez en el marco de la *pretrial conference*, de suerte tal que serán avaladas por una orden emanada del tribunal. En esta además el juez tiene la facultad de intentar un acuerdo entre las partes o de dirigir las a otras formas de solución para resolver la controversia (Fine, 2011, p. 140).

En efecto, el juez debe velar porque se cumpla con una proporcionalidad racional el *discovery* que, mediante mecanismos de control de este, impida un uso abusivo de la institución, como la que se dio con frecuencia en la práctica forense de esta herramienta, terminado en buena medida por desprestigiarla (Hench, 1994, p. 181; Subrin (2002, p. 309; Peña, 2017, p. 99), asumiendo así el juez un rol gestor del proceso (*managerial judge*).

⁴² Rule 37(c)(1) FRCP.

⁴³ Esta idea va en clara contraposición con lo que acontecía antes de las enmiendas practicadas a las FRCP, en efecto, según James, si bien el juez tenía facultades para evaluar los requisitos de la procedencia del *discovery* como para controlar su desarrollo, no podía asumir iniciativas autónomas, solo podía de impedir abusos y evitar complicaciones (Flemming, 1965, p. 218). Por lo demás, en los casos en que el juez intentó asumir un papel más activo en los procesos que afectaban a muchas partes y versaban sobre cuestiones complejas, los cuales necesitaban de un *discovery* amplio fue objeto de críticas- y en ocasiones se *desempeñó* en términos que justificaron las críticas- porque interfería en el cometido que correspondía a los abogados de cara a la obtención de las pruebas. (Hazard & Taruffo, 2006, p. 241).

Sin duda alguna el *discovery* de hoy en día, no es el mismo. Tanto así que esta etapa del procedimiento civil se dirige a redefinir radicalmente los términos del proceso y, a su vez, se encuentra en un grado de resolver en todo o parte la controversia (Dondi et al., 2020, p. 148).

No cabe duda, que es la columna vertebral de los litigios estadounidenses. Este instituto ha dado forma a los *pleading standards*, *qualified immunity* y *summary judgment jurisprudence* y en la práctica además determina las negociaciones de acuerdos, los resultados de los casos y la prevalencia de los juicios (Zambrano, 2020, pp. 72 y 73).

En efecto, su existencia ha aparejado, entre otras cosas, la resolución temprana del conflicto por una vía distinta al juicio (Endo, 2023, p. 1024).

Según Peña, el *discovery* ha provocado la disminución notable de la tasa de judicialización⁴⁴ de los conflictos; ha promovido la posibilidad de alcanzar soluciones a través de los ADR⁴⁵ y, adicionalmente descomprime el aparato judicial estatal, al sacar del ámbito público áreas de importantes de conflictos de todo tipo (Barona, 2011, p. 457), que terminan siendo resueltos por las propias partes (mediante formas autocompositivas), por justicia pactada (que contempla alternativas supra pares, en forma del amplio espectro de los arbitrajes) o incluso por fórmulas de justicia estatal simplificadas (*summary pleadings*, *demurrers*, *dismissals*) a partir precisamente de la información que emana del desarrollo de esta instancia (Peña, 2017, p. 84).

La finalidad de este instituto era en principio “preparar el juicio”⁴⁶ sin embargo el gran alcance respecto de la información (y prueba) disponible de cada parte a menudo tiene el efecto de facilitar la solución, en el entendido que con mayor información se está en mejores condiciones de arribar a una transacción. En tales casos, en vez de preparar el juicio, lo desplaza (Taruffo, 2006, p. 69), reduciendo con ello la tasa de judicialización⁴⁷.

⁴⁴ Entendido este como la demanda por acceso a la justicia estatal, heterónoma, las estadísticas hablan de tasas de judicialización del 2% al 4% y aun dentro de ellos, con proporciones relevantes de soluciones autocompositivas (Subrin, 2002, p. 315).

⁴⁵ La expresión *Alternative Dispute Resolution* (ADR) se hace referimiento a aquel proceso que ofrece alternativas de solución de conflictos. Estos mecanismos ofrecen beneficios relevantes a las partes y al sistema de justicia, principalmente por el ahorro de tiempo y de los costos, atendido el arribo de una solución sin que pase por juicio. El recurso a estos instrumentos, como la mediación y el arbitraje, ha aumentado considerablemente en los últimos años. (Fine, 2011, pp. 133, 138). En el sistema norteamericano hacia fines de la década del 200, del total de las demandas que llegan a ser judicializadas en el medio estadounidense, casi el 50% terminan siendo resueltas en sede de mediación y aún en segunda instancia, el porcentaje alcanza cifras cercanas al 40%, algo similar ocurre en Inglaterra (Barona, 2011, p. 472).

⁴⁶ Razón por la cual, Morales definió *discovery* como “la exhibición de fuentes de prueba para la preparación de la vista oral — en la que se somete a contradicción la evidencia elaborada gracias a los elementos de convicción obtenidos— es quizás el elemento más característico del proceso civil norteamericano. La transparencia y colaboración que exige a las partes implicadas — y a terceros con información relevante para el caso— facilita enormemente la preparación del juicio oral (trial) pues, de lo contrario, muchos litigantes se verían obligados a emprender acciones “a ciegas” (Morales, 2021, p. 431).

⁴⁷ Entendido este como la demanda por acceso a la justicia estatal, heterónoma, las estadísticas hablan de tasas de judicialización del 2% al 4% y aun dentro de ellos, con proporciones relevantes de soluciones autocompositivas (Subrin, 2002, p. 315).

Así las cosas, las partes generalmente irán a juicio cuando la etapa del *discovery* y los mecanismos empleados en ella funcionen mal (Subrin, 2002, p. 315). Esta última afirmación nos hace reflexionar, puesto que, si se cree que el *discovery* ha fallado o no ha cumplido con su objetivo debido a que no se ha podido evitar el juicio, merece la pena preguntarse si los fines de éste siguen siendo los mismos que cuando se pensó dicha institución.

En efecto, los redactores de las *FRCP* no previeron que el paquete de herramientas de descubrimiento que idearon constituiría un proceso de revelación tan poderoso que, en última instancia, desplazaría no solo la etapa inicial de alegatos (*pleadings*) sino que también a la prueba. Al mejorar de este modo la información disponible para los litigantes acerca de la evidencia probablemente se presentaría en caso de que el juicio ocurriera, el descubrimiento promovió los acuerdos en lugar del juicio (Langbein, 2012, p. 543).

Esta situación, resulta problemática para algunos juristas (Nieva, 2015, p. 100)⁴⁸, al estimar que debe preferirse el *trial*, como mecanismo de resolución de conflictos, atendido que en este último las partes obtienen una resolución judicial firme que concluye el litigio de forma definitiva, tras haberse defendido cada una de ellas ante el juez que conoce de la causa y que goza-el juez- de una instrucción jurídica de excelencia, por sobre, los abogados, que no siempre son tan avezados.

Con todo, los críticos aun consideran que el *discovery* es irrestricto, oneroso, intrusivo y excesivamente costoso. No podríamos negar que esto último es cierto, toda vez que, a pesar de las reformas, sigue siendo un problema que no se soluciona del todo. No obstante, sí colocamos al *discovery* en una balanza y consideramos por un lado el costo individual de las partes en su tramitación y por otro, las externalidades positivas que este genera como mecanismo sistémico de regulación legal en el ámbito privado, a nuestro parecer, el costo lo vale.

El *discovery* disuade el comportamiento dañino de las entidades privadas en su producción y da forma al comportamiento primario de éstas, al obligarlas a revelar grandes cantidades de información. Así las cosas, más allá de los costos de casos particulares, el descubrimiento promueve objetivos regulatorios al influir en la forma en que las empresas llevan a cabo investigaciones internas, en cómo la gerencia estructura las operaciones y en cómo los reguladores formulan nuevas reglas (Zambrano, 2020, pp. 71-146; Endo, 2023, pp. 1024-1025).

Por tanto, que los costos del *discovery* sean demasiado altos debería depender menos de la cantidad de casos en controversia y más de si el caso genera beneficios regulatorios proporcionales y menores costos que una investigación comparable de una empresa.

CONCLUSIONES

En el presente opúsculo pudimos corroborar la importancia del instituto del *discovery* en los sistemas jurídicos anglosajones en general y, particularmente en el orde-

⁴⁸ Ver también Taruffo, cuando crítica la denominación “*pre-trial*” al señalar que se configura esencialmente como una fase de resolución de la controversia sin decisión y solo excepcionalmente desempeña en verdad una función preparatoria.

namiento jurídico norteamericano, atendido su destacado papel en la transformación del proceso civil y su integración como parte fundamental del *due process law*.

En virtud de ello, Gilsanz señala que el *discovery* es un “procedimiento mediante el que las partes obtienen formalmente información relevante de la controversia (...) regulado en las reglas 26 a 37 de las *Federal Rules* (y que) es el elemento más característico y diferenciador del proceso civil en Estados Unidos” (Gilsanz, 2010, p. 96).

El estudio exegético de la *rule* 26 de las *FRCP*, nos permitió constatar la evolución del *discovery* a lo largo del tiempo a propósito de una incesante exploración normativa que permite su adaptación en contra de los abusos, para lograr y promover un proceso civil eficiente. Por lo demás, la forma de enmendar las normas de esta naturaleza refleja un claro sentido técnico y a la vez democrático del ordenamiento norteamericano.

La evolución histórico-jurídica de la reglamentación de la norma en cuestión, permite que se asome a la fecha como una norma jurídica sólida y robusta, atendido el carácter ordenado, orgánico y sistemático, de cada uno de los preceptos que la conciben [(a)-(g)] de la *rule* 26.

El resultado nos permitió comprobar que los esfuerzos efectuados por el legislador norteamericano sí pudieron limitar las *fishing expeditions*, así como su uso como estrategia dilatoria.

Las enmiendas a la *rule* 26 y a otras disposiciones complementarias lograron cambios positivos en la concepción del *discovery*, cuyo alcance se encuentra delimitado normativamente por los factores “relevancia” y “proporcionalidad”, cuyos criterios para determinarla también se encuentran en la norma. Asimismo, fue posible constatar que la tramitación del *discovery*, se encuentra sujeto a los principios de buena fe procesal y colaboración. A ello, se suma el nuevo rol que asume el juez norteamericano, gracias a la implementación del *case management*.

De igual forma, pudimos verificar que en la actualidad el *discovery* persigue fines diversos a los que motivaron su implementación normativa, toda vez que, antes solo era una fase para preparar el juicio, hoy en día, desplaza este último.

En virtud de lo expuesto, podemos visualizar potenciales beneficios de este instituto, como, por ejemplo- entre otros- la reducción notable de la tasa de judicialización, evitando así el juicio, a propósito de los acuerdos adoptados en la fase preliminar del proceso civil norteamericano.

Con todo, el costo asociado de este al parecer es inevitable, pero resulta promotor los beneficios públicos que genera como ente regulador de la actividad de entidades privadas como lo son las empresas.

La perspectiva histórica normativa de este instituto nos permitió reflexionar sobre la necesidad de un enfoque comparativo, ineludible antes de intentar implementar institutos jurídicos de otros sistemas jurídicos, reconociendo los peligros y desafíos de realizar trasplantes jurídicos sin considerar el contexto cultural y legal específico.

Gracias a dicha perspectiva podemos al menos especular como una especie de *discovery* podría mejorar el proceso civil chileno, descongestionado el aparato judicial estatal, mediante la reducción de la tasa de judicialización de estos conflictos como a través de la promoción de soluciones alternativas de disputas. Así también, como reforzaría la regulación de la actividad privada.

Ahora, sí efectivamente puede ser implementado el *discovery* en el proceso civil chileno y de qué forma, serán cuestiones por analizar en otra oportunidad.

REFERENCIAS

- BARONA VILAR, S. (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la Mediación. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 18(1), 185–211. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000100008>
- BONE, R. (2014). Discovery. En Á. Pérez Ragone & P. En Tavolari Goycoolea (Eds.), *Derecho Procesal Civil Comparado: Homenaje a Rolf Stürner* (pp. 1–446). Thomson Reuters.
- BRENNAN, W. J. (1963). The Criminal Prosecution: Sporting Event or Quest for Truth? *Washington University Law Review*, 3. https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3188&context=law_lawreview
- CHASE, O. G. (2011). *Derecho, Cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Marcial Pons.
- CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO. (1993). Situación y políticas judiciales en América Latina (J. Correa Sutil, Ed.). Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA. (2020). Comportamiento y cursos de tramitación de causas civiles del año 2014.
- DONDI, A., ANSANELLI, V., & COMOGLIO, P. (2017). *Procesos civiles en evolución: Una perspectiva comparada*. Marcial Pons.
- ENDO, S. K. (2023). Discovery Dark Matter. *Texas Law Review*, 101(5), 1021–1081.
- FINE, T. (2011). Il Diritto Americano: Una introduzione completa al sistema giuridico anglo-americano. Edizioni XL.
- GILSANZ, J. (2010). *The Global Law Collection. El proceso civil estadounidense: La tutela judicial cautelar*. Thomson Reuters.
- GLASER, W. A. (1968). *Pretrial Discovery and the Adversary System*. Russell Sage Foundation.
- GOLDSTEIN, A. S. (1960). The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure. *Yale Law Review*, 69(7), 1149–1199. <https://www.jstor.org/stable/794386>
- GUAL GRAU, C. (2011). Breves apuntes sobre el Discovery. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 29, 114–119.
- HAZARD, G. C., & Taruffo, M. (2006). *La Justicia Civil en los Estados Unidos*. Thomson Reuters Aranzadi.
- HENCH, V. (1994). Mandatory Disclosure and Equal Access to Justice: The 1993 Federal Discovery Rules Amendments and the Just, Speedy and Inexpensive Determination of Every Action. *Temple Law Review*, 67, 18–240.
- JAMES, F. J. (1965). *Civil Procedure* (6.^a ed.). Little Brown & Co.
- KATSARIS, K. W. (1975). *Evidence and Procedure in the Administration of Justice*. John Wiley & Sons Inc.
- LANGBEIN, J. H. (2012). The Disappearance of Civil Trial in the United States. *The Yale Law Journal*, 122, 522–572. <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/4352>

- LOUISELL, D. W. (1961a). Criminal Discovery: Dilemma Real or Apparent? *California Law Review*, 49(1), 56 y ss. <https://www.jstor.org/stable/pdf/3478656>
- LOUISELL, D. W. (1961b). The Theory of Criminal Discovery and the Practice of Criminal Law. *Vanderbilt Law Review*, 14(3), 922 y ss.
- MACCOUN, R., Lind, A., & Tyler, T. (1992). Alternative Dispute Resolution in Trial and Appellate Courts. En D. K. KAGEHIRO & W. S. LAUFER (Eds.), *Handbook of Psychology and Law*. Springer Science+Business Media.
- MOORE, J. W., VESTAL, A. D., & KURLAND, P. B. (1962). *Moore's Manual: Federal Practice and Procedure (Tomo I)*. Matthew Bender & Co.
- MORALES SANCHO, G. A. (2021). Diligencias de acceso a fuentes de prueba y responsabilidad frente a consumidores y usuarios: Una perspectiva comparada (EE. UU., Alemania y España). *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 423–439. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6265>
- NIEVA FENOLL, J. (2015). *Derecho Procesal II: Proceso Civil*. Marcial Pons.
- NORTON, J. E. (1980). Criminal Discovery: Experience Under the American Bar Association Standards. *Loyola University Chicago Law Journal*, 11(4), 661–723.
- PASSANANTE, L. (2014). England: Oralità e scrittura nel processo civile inglese. Universidad de Valencia. <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip42eng.pdf>
- PEÑA MARDONES, C. (2017). Traduciendo el discovery al civil law chileno: Su aporte a los procesos de reforma procesal civil. *Ius et Praxis*, 23(2), 79–120. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000200079>
- ROSENBERG, M. (1958). Sanctions to Effectuate Pretrial Discovery. *Columbia Law Review*, 58(4), 481 y ss. <https://www.jstor.org/stable/1119578>
- SCAVONE JR., R. (2016). Amendments to Rule 26 of the Federal Rules of Civil Procedure: “Restore” Proportionality in Discovery. *Hunton & Williams*. <https://www.huntonak.com/en/insights/amendments-to-rule-26-of-the-federal-rules-of-civil-procedure.html>