

## EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO COMUNITARIO SOBRE OBTENCIÓN DE PRUEBAS: ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

SONIA MARTÍN ÁLVAREZ

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN.-II. INDAGACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO. REMISIÓN A LOS DERECHOS NACIONALES. ¿UNA REMISIÓN SUPERFLUA?-2.1. Otros mecanismos de obtención transfronteriza de pruebas.-2.1.1. Prueba aportada desde el extranjero *vs.* Prueba practicada desde el extranjero.-2.1.2. Solicitud de obtención de pruebas por los interesados.-2.2. Algunas reflexiones relativas a la remisión efectuada por el Reglamento para la determinación de sus presupuestos de aplicación.-III. OBJETO DE LA SOLICITUD DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS.-3.1. En búsqueda de un significado comunitario para las pruebas cuya obtención ampara el Reglamento.-3.2. Especial referencia a tres figuras españolas: la prueba anticipada, las medidas de aseguramiento de prueba y las diligencias preliminares.-IV. DESTINO DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS AL AMPARO DEL REGLAMENTO: DE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO A LA ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN APOYO AL ARBITRAJE.-V. CONSIDERACIONES FINALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Como casi siempre ocurre, la problemática que subyace a estas páginas no es nueva. Sí es novedoso el Reglamento (CE) n.º 1206/2001, de 28 de mayo de 2001 del Consejo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de obtención de pruebas en materia civil y mercantil (el

«Reglamento»), en vigor desde el 1 de enero de 2004<sup>1</sup>. Tampoco estamos ante una problemática difícil de exponer, al menos en términos generales: se plantea ésta cuando, en relación con un procedimiento judicial, se precisa recabar cierto material probatorio que se encuentra fuera de las fronteras del Estado en cuyo territorio se sigue dicho procedimiento. La doctrina se ha referido a las dificultades que esta situación entraña y a los aspectos relacionados con ella bajo la expresión «obtención de pruebas en el extranjero» u «obtención transfronteriza de pruebas»; y lo ha hecho tradicionalmente como materia integrante del fenómeno más amplio de la cooperación judicial internacional, la cual, en lo que al desarrollo del procedimiento se refiere, atañe fundamentalmente a la obtención de pruebas en el extranjero y a la notificación internacional<sup>2</sup>.

Así, como lo fuera en relación con la notificación internacional el Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, el Reglamento representa la aportación comunitaria a la obtención de pruebas en el extranjero. Asimismo, en uno y otro se emplea la misma fórmula de comunitarización<sup>3</sup>. Se parte del más internacional de

---

<sup>1</sup> En su totalidad, se debería precisar. La redacción del artículo 24 del Reglamento relativo a su entrada en vigor, es equívoca. Así, si atendemos a lo dispuesto en su párrafo primero, el Reglamento habría entrado en vigor el 1 de julio de 2001. No obstante, a tenor del párrafo segundo, salvo sus artículos 14, 19, 21 y 22 —que se aplican desde esa fecha— el Reglamento se aplica desde el pasado 1 de enero.

<sup>2</sup> Ambas cuestiones han sido objeto de estudio por parte de diversas organizaciones de derecho internacional privado, en especial, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado. Por lo que a la obtención transfronteriza de pruebas se refiere, fruto de la labor de las citadas organizaciones son, en el ámbito de la Conferencia de La Haya, el *Convenio de 1905* y el *Convenio de 1954 sobre procedimiento civil*, y el más específico, *Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil*, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970, que viene a sustituir a los artículos 8 a 16 de los anteriores. Además, existe una tupida red de convenios bilaterales. Para un estudio completo sobre los convenios internacionales relativos a la obtención de pruebas en el extranjero, *vid.* AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. «Comisiones rogatorias y obtención de pruebas en el extranjero», *Boletín Internacional del Ministerio de Justicia*, número 1905; páginas 5 a 36.

<sup>3</sup> El término «comunitarización» ha sido acuñado para referirse a la transferencia de las materias relativas a la cooperación entre los Estados miembros en materia de justicia e interior, desde el método intergubernamental —segundo y tercer pilar— al comunitario —primer pilar—, obrada por la adición del nuevo Título IV al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea («TCE») tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. El artículo 61 c) TCE, perteneciente a dicho Título, obliga al Consejo Europeo a la adopción de las medidas previstas en el artículo 65 TCE relativas a la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, y entre las cuales se encuentran las tendientes a mejorar y simplificar la *cooperación en la obtención de pruebas*. En este sentido, *vid.* BENAYAS, E. «El marco de la obtención de pruebas en el proceso con elemento extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *AEDIP*, I, 2001, página 255.

los convenios multilaterales existentes en la materia, 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 (el «Convenio»), y se introducen ciertas medidas de carácter fundamentalmente técnico con el objeto inmediato de agilizar y simplificar el mecanismo de cooperación judicial. La introducción de dichas medidas constituye, en nuestra opinión, la aportación fundamental del Reglamento<sup>4</sup>. No es que sea insignificante<sup>5</sup>, pero probablemente podría haber sido mayor, y sobre todo otra distinta. Éste es quizás el reproche esencial que cabe hacer al Reglamento, el no haber abordado aquellas cuestiones vinculadas con el mecanismo de la cooperación judicial cuyo tratamiento habría favorecido la armonización de los diferentes ordenamientos procesales implicados y garantizado la efectiva aplicación del principio de reconocimiento mutuo de los medios probatorios en la Unión<sup>6</sup>. En definitiva, cabría criticar que el Reglamento continúe siendo un instrumento *clásico* de asistencia judicial internacional<sup>7</sup>. A tal conclusión se llega sin necesidad de un análisis pormenorizado del Reglamento. De hecho, basta leer su primer artículo, relativo a su ámbito de aplicación, para darse cuenta de ello. Lo transcribimos a continuación:

«1. *El presente Reglamento será de aplicación en materia civil o mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, solicite:*

<sup>4</sup> Obviando la nada desdeñable contribución de uniformizar los mecanismos de cooperación judicial para la obtención de pruebas en materia civil y mercantil entre los 24 Estados miembros de la Unión (Dinamarca está excluida). A este respecto, conviene recordar que el Convenio es aplicable exclusivamente *inter partes*; y únicamente 13 de los 25 Estados que actualmente son miembros de la Unión lo habían firmado.

<sup>5</sup> *Vid.* Conclusión 36 adoptada por el Consejo Europeo de Tampere de 1999. «*El principio del reconocimiento mutuo debe aplicarse también a los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad; las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa que se aplique en ellos.*»

<sup>6</sup> Falta el texto de la nota. Falta el texto de la nota.

<sup>7</sup> En este mismo sentido, LUIGI FUMAGILI afirma «El Reglamento se inserta en un cuadro jurídico fuertemente asociado a una disciplina supranacional predominantemente multilateral, la de la asistencia judicial en materia procesal (...)». *Vid.* FUMAGALLI «*La Nuova Disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile.* Revista di diritto internacionales privato e processuale», II. 2002, página 329.

- 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.*
2. *No se solicitará la obtención de pruebas que no estén destinadas a utilizarse en una causa iniciada o que se prevea iniciar.*
  3. *En el presente Reglamento, se entenderá por Estado miembro cualquier de los Estados miembros con excepción de Dinamarca».*

El citado precepto, en concreto sus párrafos primero y segundo, delimitan el ámbito de aplicación material del Reglamento; dicho de otro modo, proporcionan los requisitos o condiciones que deben concurrir para que el Reglamento sea aplicable; en concreto, (i) que se trate de una materia civil o mercantil; (ii) que la solicitud de obtención de pruebas provenga de un órgano jurisdiccional; (iii) que tenga por objeto la práctica de diligencias de obtención de pruebas; y (iv) que las pruebas así obtenidas estén destinadas a ser empleadas en una causa iniciada o que se prevea incoar<sup>8</sup>. A lo largo de estas páginas trataré de algunas de las cuestiones que suscitan las citadas condiciones de aplicación del Reglamento; y en particular, de algunas cuestiones que, en nuestra opinión, son deudoras de la lectura clásica que éste hace del fenómeno de la cooperación judicial internacional.

## II. INDAGACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO. REMISIÓN A LOS DERECHOS NACIONALES. ¿UNA REMISIÓN SUPERFLUA?

La primera cuestión que abordaremos en relación las condiciones de aplicación del Reglamento es incluso anterior a éstas, pues se refiere a los presupuestos necesarios para que tales condiciones concurren. En este sentido, el Reglamento parece remitirse a lo dispuesto en los derechos nacionales de los Estados miembros al establecer que el mismo «*será de aplicación (...) cuando un órgano ju-*

---

<sup>8</sup> También en este sentido *vid.* FUMAGALLI, *op. cit.*, pág. 328. Por el contrario, ROSENDE VILLAR, en relación con el último de los requisitos de aplicación del Reglamento, interpreta (a mi juicio erróneamente) que la solicitud deberá ser efectuada por el órgano jurisdiccional que conoce de una causa incoada o que se prevé iniciar, *vid.* ROSENDE VILLAR, C. «La obtención de prueba en el ámbito comunitario según el Reglamento (CE) 1206/2001», *Aranzadi Civil*, n.º 20, Madrid, 2001, pág. 6.

*risdiccional 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»* [el subrayado es nuestro]. De lo anterior, cabe extraer una primera y elemental idea en relación con las consideraciones que seguirán a continuación: que habrá que estar a lo dispuesto en los derechos nacionales para determinar cuándo la solicitud de obtención de pruebas deberá realizarse por un órgano jurisdiccional a otro órgano jurisdiccional. Es decir, cuándo deberá llevarse a cabo a través del mecanismo de la cooperación judicial en general, y en concreto, a través de cualquiera de los dos procedimientos de obtención de pruebas previstos en el Reglamento, la «*Obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requerido*» (Sección 3.<sup>a</sup>, artículos 10 a 16), y la «*Solicitud directa de obtención de pruebas*» (Sección 4.<sup>a</sup>, artículo 17). La pregunta, por tanto, sería la siguiente: ¿qué presupuestos han de concurrir para que la solicitud de obtención de pruebas en el extranjero se lleve a cabo a través de la cooperación judicial internacional? En las próximas páginas trataremos de responder a esta cuestión. Por motivos evidentes, prestaré especial atención a lo que el derecho español disponga, en su caso, a este respecto.

En derecho español, a diferencia de lo que ocurre en otros países<sup>9</sup>, no existe precepto alguno relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil, ni a la cooperación internacional de los órganos jurisdiccionales a estos efectos<sup>10</sup>. Ante tal laguna legal, cabría atender a lo dispuesto en nuestras leyes procesales en relación con el auxilio judicial interno, cuyos mecanismos y soluciones se han aplicado tradicionalmente a la cooperación judicial internacional<sup>11</sup>. Se trataría de comprobar, por tanto, si en el ordenamiento jurídico español se prevé cuándo ha de acudir al auxilio judicial interno si las pruebas se encuentran fuera del partido judicial al que pertenece el

<sup>9</sup> Por ejemplo en Italia; *vid.* los arts. 203 y 204 *codice di procedura civile*.

<sup>10</sup> Quizás dicho silencio deba atribuirse al hecho de que, hasta la fecha, y aunque se nos ha prometido —recuérdese la Disposición Vigésima de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil—, no disponemos de una Ley de cooperación judicial internacional en materia civil.

<sup>11</sup> A este respecto, resulta significativo que las normas españolas que regulan por primera vez la cooperación jurisdiccional internacional —Real Decreto de Extranjería de 1852, y Real Orden de 21 de enero de 1853— designen a la solicitud de cooperación que un juez nacional dirija a uno extranjero «exhorto», término que actualmente hace referencia a la petición de cooperación jurisdiccional interna. *Vid.* ADAM MUÑOZ, M.<sup>a</sup> D. «El Proceso civil extranjero y la cooperación judicial internacional», Pamplona, 1997. En este mismo sentido, *vid.* ARENAS GARCÍA, *op. cit.*, págs. 80 y ss.

juez o tribunal que conoce del procedimiento, y aplicar por analogía a la cooperación judicial internacional los criterios que puedan haberse previsto a este respecto<sup>12</sup>.

No obstante, si atendemos a lo dispuesto en las disposiciones legales que, ya directa o indirectamente, se ocupan del auxilio que se prestan entre sí nuestros órganos judiciales, tampoco obtendríamos respuesta a nuestra pregunta<sup>13</sup>. Únicamente podríamos concluir que

---

<sup>12</sup> Si bien la aplicación analógica de lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico sobre el auxilio judicial interno a la cooperación judicial internacional debe ser hecha con cautela, al menos en lo que a la resolución de las cuestiones planteadas a propósito de los presupuestos de aplicación del Reglamento se refiere. Y es que, si bien es cierto que ambas instituciones parten del mismo presupuesto, esto es, la distribución territorial de la función jurisdiccional, también lo es que se distancian en muchos y no pocos aspectos importantes que constituyen la misma razón de ser de la asistencia judicial internacional. Así, la limitación de las facultades de actuación judicial que representa la citada distribución territorial de la función jurisdiccional responde a diferentes realidades en cada caso. En el supuesto de la asistencia judicial interna responde a razones de conveniencia, organización y eficacia de la Administración de Justicia fundamentalmente. Por el contrario, en el ámbito internacional la distribución territorial de la competencia judicial responde a la injerencia de los principios derivados del Derecho internacional público, y en particular, a la aplicación del principio en virtud del cual ningún Estado puede ejercer funciones soberanas, como lo es la función jurisdiccional, en el territorio de otro Estado sin el consentimiento, ya sea expreso o tácito, de sus autoridades. Pero es que, además de la autorización o tolerancia de las autoridades del Estado extranjero, en la mayoría de los casos se precisará de la colaboración de sus órganos judiciales para la práctica del acto de instrucción de que se trate ya que la autoridad extranjera no puede imponer por la fuerza dentro del territorio extranjero el cumplimiento de las órdenes o requerimientos que dicho acto de instrucción lleve aparejado. Esta carencia, que lógicamente no concurre en relación con el auxilio judicial interno, hace más que aconsejable, necesario, que sean los órganos judiciales extranjeros los que practiquen el acto o diligencia de que se trate. Ahora bien, ello no significa que las autoridades judiciales de un Estado no puedan efectuar actos de compulsión sobre los sujetos afectos a la prueba en cuestión que se encuentren en territorio extranjero, pues el Derecho internacional no prohíbe los actos de coacción indirecta. Por último, en la internacional entran en juego ordenamientos jurídicos diferentes. Ello, entre otras consecuencias, lleva aparejado que el órgano judicial extranjero al que le ha sido solicitada asistencia para la ejecución de cierto acto de instrucción pueda negarse a prestar dicha asistencia cuando entienda que ello vulneraría las leyes de su Estado, lo cual no ocurrirá en ningún caso en relación con el auxilio judicial interno.

<sup>13</sup> Fundamentalmente, habría que tener en cuenta lo previsto en los artículos 129, 169.4 y 429.5, todos ellos de la LEC. Así, el párrafo primero del artículo 129 LEC, tras establecer como regla que las actuaciones judiciales deben realizarse en la sede del tribunal que conoce del procedimiento, exceptiona ésta para aquellas actuaciones «que por su naturaleza se deban practicar en otro lugar», las cuales, de conformidad con el párrafo segundo del citado precepto «se practicarán, cuando así proceda, mediante auxilio judicial». Por su parte, el artículo 169.4 LEC, tras establecer que el interrogatorio de partes, de los testigos y la ratificación de los peritos debe llevarse a cabo ante en la sede del Juzgado que conozca del procedimiento, aun cuando éstos

será el juzgador quien, según la valoración que haga de las circunstancias del caso, de respuesta a las mismas. Si extrapolamos dicha conclusión al fenómeno de la cooperación judicial internacional, parece evidente que para que el órgano judicial pueda adoptar una decisión informada al respecto, precisaría conocer si existen (y en su caso, en qué consisten) mecanismos de obtención de pruebas en el extranjero en los que no sea necesario el recurso a la cooperación judicial internacional. Fundamentalmente son dos, la llamada «*prueba aportada desde el extranjero*», y la que cabría denominarse «*solicitud de obtención de pruebas por los interesados*».

## **2.1. OTROS MECANISMOS DE OBTENCIÓN TRANSFRONTERIZA DE PRUEBAS**

### **2.1.1. Prueba aportada desde el extranjero vs. Prueba practicada en el extranjero**

En los dos procedimientos de obtención de pruebas contemplados en el Reglamento la práctica de la prueba se lleva a cabo en el extranjero, bien ante el órgano jurisdiccional requerido, bien ante el órgano jurisdiccional requirente. A este respecto, conviene tener presente por lo que a España se refiere, que con excepción de la prueba documental, cuya práctica se agota con su aportación a los autos del procedimiento —si bien en ocasiones requiere de su ratificación posterior—, los demás medios de prueba exigen para su práctica de la presencia judicial (artículo 289 LEC). Pues bien, el hecho de que la práctica de la prueba se lleve a cabo en el extranjero no excluye la observancia del citado requisito.

Así pues, las alternativas se reducen a dos: o se practica la prueba en el Estado extranjero, ya sea ante la autoridad judicial extranjera competente, ya ante el juez español desplazado a dicho Estado a tal fin, o se practica en España, para lo cual será necesario que la prue-

---

tengan su domicilio fuera de su circunscripción, prevé como excepción, la práctica de la prueba a través de auxilio judicial cuando «*por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características, resultara imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o tribunal*». Finalmente, el artículo 429.5 LEC impone a las partes el deber de indicar al juez en el acto de la audiencia previa aquellas declaraciones o interrogatorios que deben de realizarse a través del auxilio judicial, y al juez la obligación de resolver acerca de dicha petición. No obstante, no se hace referencia a los criterios que el órgano judicial deberá tener en cuenta a estos efectos.

ba se desplace desde extranjero. La doctrina se refiere a esta última alternativa como *prueba aportada desde el extranjero* en contraposición con la *prueba practicada en el extranjero*<sup>14</sup>. Los ejemplos que ilustran este fenómeno no son infrecuentes ni inverosímiles: así, el representante legal de una de las partes y con residencia en el extranjero, que se desplaza a España para someterse al interrogatorio de la otra parte; o el alemán que viaja «gustosamente» a Ibiza para comparecer ante el juez español en calidad de testigo a favor de un amigo. Obviamente, en estos casos, no se precisa de la intervención de ninguna autoridad judicial (ni del Estado extranjero, ni del Estado del foro) para que tenga lugar el desplazamiento de la prueba al tener éste carácter voluntario<sup>15</sup>.

Ahora bien, cabe pensar que sea el órgano judicial del Estado del foro el que procure el desplazamiento de la prueba hasta él porque entienda que ello es preferible a que la práctica de la prueba se lleve a cabo en el extranjero. En principio, tal actuación no vulneraría los límites al ejercicio de la función jurisdiccional derivados del Derecho Internacional Público, pues éste no prohíbe los actos de compulsión indirecta como el que, por ejemplo, representaría la citación judicial de un juez español dirigida a un testigo que se encuentra en el extranjero para que comparezca ante él<sup>16</sup>. Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta que nuestro derecho no contempla en

---

<sup>14</sup> La doctrina alemana distingue entre «*Beweisbeschaffung aus dem Ausland*» y «*Beweisaufnahme im Ausland*», para diferenciar entre los supuestos de localización de la prueba en el extranjero, y de práctica de la prueba en el extranjero, respectivamente. Vid. BENAYAS, *op. cit.*, pág. 261.

<sup>15</sup> Quizás la circunstancia de que el desplazamiento de la prueba desde el extranjero se considere como un fenómeno ajeno a la cooperación judicial explique por qué ésta ha quedado siempre fuera de la materia que nos ocupa, pese a que, «*stricto sensu*», es una forma de obtención transfronteriza de pruebas. A este respecto, no ha de olvidarse que las cuestiones relativas a la obtención de pruebas en el extranjero han sido tradicionalmente objeto de estudio como parte integrante del fenómeno de la cooperación judicial internacional, hasta el punto de que la misma definición de «prueba extranjera» está tocada por esta concepción. Según BENAYAS: «La concreción más simple de ésta [el elemento extranjero en la prueba] es identificarlo con el lugar donde la prueba se halle; si se encuentra o no en un Estado distinto de aquél en el que existe un proceso, o puede existir, y en el que la prueba debería integrarse. No obstante, debe añadirse que la mera localización de la prueba no determina su obtención en el extranjero, su extranjería. En efecto, el materia probatorio puede estar localizado en el exterior y sin embargo no requerir de la intervención de ninguna autoridad pública para su aportación al proceso». Vid. BENAYAS, *op. cit.*, pág. 261.

<sup>16</sup> En relación con España, VIRGOS /ALFÉREZ entienden que no atenta contra la soberanía española que un juez extranjero requiera —incluso bajo amenaza de sanciones procesales— a un particular para que, por ejemplo, aporte a un proceso determinados documentos o se desplace a España para testificar. Vid. pág. 360.

qué casos o bajo que circunstancias se debe practicar la prueba en España a través de su aportación desde el extranjero, en lugar de practicarla en el extranjero<sup>17</sup>, nuestros jueces deberán sopesar varios elementos y factores para adoptar una decisión a este respecto<sup>18</sup>.

En primer lugar, el desplazamiento además de ser físicamente posible, deberá representar una medida proporcionada, pues la excesiva onerosidad que le pueda suponer al sujeto afecto a la prueba el desplazamiento hasta otro Estado, reprimirá al órgano judicial de adoptar tal medida. Concurriendo ambos factores, habrá de valorarse la probabilidad de obtener la cooperación voluntaria del sujeto afecto a la prueba para desplazarse, pues, en principio, dicha autoridad no podrá imponer por la fuerza el cumplimiento de la orden de desplazamiento al carecer de jurisdicción. Por consiguiente, el problema no se reduce únicamente a valorar si se debe o no obligar al desplazamiento, sino, además, si se puede o no obligar a ello. No obstante, las anteriores consideraciones deben de ser matizadas, pues su alcance será diferente según el tipo de prueba de que se trate, y el sujeto afecto a ésta<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Vid. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. «Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional», Madrid, 2000, *op. cit.*, pág. 348. Según VIRGÓS y GARCIMARTÍN, la laguna que presenta nuestro ordenamiento jurídico en relación con esta cuestión puede ser colmada atendiendo a una interpretación finalista de dos criterios normativos de nuestra ley procesal: la minimización de los costes derivados del procedimiento y el apego o respeto a la jurisdicción territorial de cada tribunal. La traducción de estos dos factores en el ámbito internacional les lleva a concluir que nuestro derecho se decanta por la práctica de la prueba en el extranjero.

<sup>18</sup> También en Alemania. Vid. HOLDSWORTH, JUDITH. L. «Taking of evidence in Germany in support of foreign action», *DeKieffer & Horgan*, 2003, pág. 11. «Los tribunales alemanes pueden emplear su discreción para decidir cuando un testigo debe comparecer ante él o cuando, por el contrario, su testimonio será tomado en su país donde reside (...)».

<sup>19</sup> Así, si la prueba consiste en el caso del *interrogatorio de las partes*, habrá que tener en cuenta que éstas tienen la carga de comparecer ante el juez jurídico (artículo 304 LEC), y por consiguiente, en teoría, de desplazarse a España si se encontraran en el extranjero. En todo caso, el hecho de que el juez pueda extraer de la incomparecencia de la parte tan negativas consecuencias de cara al resultado del procedimiento —lo que deberá ser puesta de manifiesto en la citación por imperativo legal, (artículo 40.1 LEC)— supone que sea poco probable que el litigante que resida en el extranjero no se desplace a la sede del foro. Ahora bien, tampoco se podrá obligar a la parte a desplazarse cuando ello le sea muy oneroso o, sencillamente, imposible. En ese caso, ésta podrá quedar liberada de la carga de comparecer ante el juez para ser interrogado, y su interrogatorio deberá llevarse a cabo en el extranjero. El problema radica obviamente en determinar cuándo la incomparecencia será legalmente excusable. A este respecto, la LEC parece haber venido a excepcionar el recurso al auxilio judicial interno al permitir su empleo únicamente cuando la comparecencia ante el Juez que conoce del procedimiento sea *imposible o muy gravosa*, y en este sentido, no parece

Pero es que, aun cuando el sujeto afecto a la prueba esté dispuesto a cooperar voluntariamente, ha de tenerse en cuenta que con excepción de las partes que generalmente estarán personadas, para que el desplazamiento de la prueba pueda tener lugar se precisará de un acto previo en virtud del cual se cite al sujeto afecto a la prueba (testigo, tenedor de los documentos) que se encuentra en el extranjero. Dicho acto representaría una forma de injerencia en el Estado extranjero que, por lo que al espacio comunitario se refiere, parece que estaría sometido a las disposiciones del citado Reglamento (CE) n.º 1348/2000<sup>20</sup>. Por consiguiente, de conformidad con el procedimiento principal de notificación previsto en dicho Reglamento, la notificación de la resolución que el juez español dirija al sujeto afecto a la prueba (y que previsiblemente, adoptará la forma de citación o requerimiento judicial), debería realizarse, como regla, a través de la cooperación judicial internacional, y únicamente podría hacerse directamente por el juez español a la persona en cuestión de conformidad con el artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 1348/2000, siempre que el Estado extranjero en el que se encuentre dicho sujeto así lo hubiera autorizado<sup>21</sup>.

Finalmente, no hay que olvidar que los Estados pueden imponer límites a la cooperación voluntaria de las personas sujetas a sus leyes,

---

que el hecho de que la parte resida o se encuentre fuera del territorio español sea suficiente de por sí para determinar tales consecuencias. En el caso del *interrogatorio de testigos* las circunstancias varían. En principio, los testigos, en cuanto terceros, tienen el deber de declarar en el acto del juicio o vista en presencia judicial. No obstante, dicho deber también es excusable cuando por enfermedad o cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 169.4 LEC, no pueda acudir al llamamiento judicial (artículo 364 LEC). Su incomparecencia injustificada se castiga con la imposición de multa (artículo 292.2 LEC). Por consiguiente, desde un punto de vista teórico, la mera localización del testigo en el extranjero no determinaría necesariamente que no se pueda intentar su desplazamiento. No obstante, algunos autores defienden que su condición de tercero ajeno al proceso parece desaconsejar que se proceda de tal modo. Tal afirmación es incuestionable si se trata de un testigo no español, pues en ese caso es dudoso, controvertido, que se encuentre siquiera obligado a comparecer ante el Juez español. Obviamente, si el testigo está dispuesto a comparecer voluntariamente las anteriores consideraciones carecen de sentido. Previsiblemente, tal voluntad será conocida por las partes, por lo que no será necesaria la citación judicial, si bien las partes deberán comprometerse a presentar al testigo en cuestión en el acto del juicio (artículo 429.5 LEC).

<sup>20</sup> Del examen de las declaraciones efectuadas por los Estados miembros en relación con lo que deba entenderse por *documento notificable* a los efectos del Reglamento (CE) n.º 1348/2000, se desprende que estamos ante un concepto muy amplio, que incluiría cualquier tipo de resolución judicial.

<sup>21</sup> *Vid.* Versión consolidada. Comunicaciones de los Estados miembros [[http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/unit/civil/doc\\_1348page/vers\\_consolide/vers\\_consolide\\_es\\_7.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/doc_1348page/vers_consolide/vers_consolide_es_7.pdf).]

fundamentalmente, en relación con la exhibición o entrega de documentos, cuando su revelación pueda atentar contra la soberanía o seguridad del Estado<sup>22</sup>. A este respecto, es muy ilustrativa la francesa *Loi n.º 68-678 du 26 juillet 1968, relative a la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique á des personnes physiques ou morales étrangères*<sup>23</sup>. También en Alemania<sup>24</sup> y Holanda<sup>25</sup>.

De lo expuesto hasta el momento se concluye que las limitaciones inherentes al mecanismo de obtención de pruebas consistente en el desplazamiento de la prueba desde el extranjero son varias y no poco importantes. Ello hace que la posibilidad de que la prueba se desplace desde el extranjero hasta el órgano judicial que conoce del procedimiento no represente un mecanismo de obtención transfronteriza de pruebas idóneo o de utilidad, exceptuando —eso sí— aquellos supuestos en los que el sujeto afecto a la prueba esté dispuesto a cooperar voluntariamente o se encuentre por alguna circunstancia —condición procesal o nacionalidad— sujeto a la jurisdicción de nuestras autoridades judiciales.

### 2.1.2. Solicitud de obtención de pruebas por los interesados

Hemos visto cómo la posibilidad de que la prueba se desplace desde el extranjero para ser practicada ante el juez del Estado del foro —con la casuística y limitaciones que ello supone—, representa un mecanismo de obtención de pruebas en el extranjero que no requie-

<sup>22</sup> En general, *blocking statutes* surgidos con el fin de evitar los efectos perjudiciales de la *discovery* de los países del *common-law*, y en especial, la estadounidense.

<sup>23</sup> En virtud de la cual se prohíbe a los nacionales franceses o residentes habituales en el territorio francés cualquier acto de comunicación o puesta a disposición de información o documentos de carácter económico, comercial, industrial, financiero o técnico tendentes a constituir prueba en un procedimiento judicial extranjero, y se les impone el deber de informar de la solicitud que se les haya efectuado al Ministerio correspondiente.

<sup>24</sup> la *Gesetz über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiet der Schifffahrt* prohíbe la transmisión de documentos relativos al comercio marítimo a los organismos o autoridades extranjeras. *Vid.* HOLDSWORTH, *op. cit.*, pág. 8.

<sup>25</sup> En este sentido, *vid.* STORN, P. «Obtaining evidence in another jurisdiction in business disputes», *International Bar Association Series*, 1988. «No hay norma en derecho holandés que prohíba a alguien prestar voluntariamente testimonio, revelar documentos u otra forma de prueba para su empleo en un procedimiento extranjero. Sin embargo es posible que el artículo 39 de la Ley de Competencia Económica pueda aplicarse en relación con una orden procedente de un tribunal extranjero con el objeto de obtener una prueba en un caso de monopolio o competencia desleal».

re necesariamente del fenómeno de la cooperación judicial. No obstante, es también posible que la prueba se practique en el extranjero sin recurrir a dicho fenómeno. Esta posibilidad se traduce en la fórmula de obtención de pruebas a la que nos hemos referido como *solicitud de obtención de pruebas por los interesados*. Se trata de que sean los propios interesados (por tanto, generalmente las partes) las que soliciten directamente a las autoridades judiciales del Estado en el que la prueba se encuentre su obtención. Obviamente, para que dicha fórmula sea posible, tanto el derecho del Estado en el que se encuentre la prueba en cuestión, como el derecho del Estado del foro deben permitir esta fórmula o al menos, no oponerse a ella.

El derecho español no prevé expresamente la posibilidad de que sean los propios interesados los que soliciten directamente a los órganos judiciales extranjeros la obtención de una prueba que se encuentre dentro de su territorio. No obstante, cabe defender que ello estaría amparado implícitamente por el principio de aportación de parte previsto en el artículo 282 LEC o, más propiamente, por la norma procesal universal que impone a las partes el deber de procurar las pruebas de las que pretendan valerse<sup>26</sup>. Atendiendo a este razonamiento podría defenderse que también lo estaría en relación con los demás Estados miembros.

En similares circunstancias nos encontramos por lo que respecta a la posibilidad de que los órganos judiciales accedan a obtener pruebas en nuestro territorio cuando la solicitud proceda directamente de los interesados. Nuevamente, en nuestro derecho no se contempla ésta expresamente<sup>27</sup>. Sin embargo, cabría defender su aceptación con base en una interpretación extensiva de lo dispuesto en el artículo el artículo 293 y ss. LEC en relación con la prueba anticipada<sup>28</sup>. La circunstancia de que en muchos Estados de la Unión también se prevean figuras análogas a la prueba anticipada española, nos permitiría concluir que las solicitudes de obtención de pruebas directamente formuladas por los interesados a los órganos judiciales también serían posibles en otros Estados miembros, como Francia<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> En el mismo sentido, por todos, *vid.* DIAGO DIAGO, M.<sup>a</sup> P. «La obtención de pruebas en la Unión Europea», Madrid, 2003, pág. 78.

<sup>27</sup> En este sentido es conocida la Sección 1782 del Título 28 del Código de los Estados Unidos (USC).

<sup>28</sup> Por todos, *vid.* VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *op. cit.*, pág. 360.

<sup>29</sup> A este respecto, *vid.* DEVOLVE, JEAN-LOUIS «Obtaining evidence in another jurisdiction in business disputes. France». *International Bar Association Series*, 1989, pág. 35.

## **2.2. ALGUNAS REFLEXIONES RELATIVAS A LA REMISIÓN EFECTUADA POR EL REGLAMENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE SUS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN**

Las consideraciones que se acaban de hacer acerca de los mecanismos de obtención de pruebas en el extranjero no basadas en la cooperación judicial sugieren dos reflexiones. La primera, es que la remisión que parece hacer el Reglamento a los ordenamientos jurídicos nacionales para que sean éstos los que determinen cuándo habrá de recurrirse a la cooperación judicial internacional para la obtención de pruebas puede ser superflua, pues al menos, a fecha de hoy, el recurso a la cooperación judicial a tales efectos parece insalvable dadas las no pocas limitaciones y problemas inherentes a los mecanismos que prescinden de dicho recurso.

La segunda reflexión es que el legislador comunitario tampoco ha querido potenciar estos otros mecanismos de obtención de pruebas. Así, el Reglamento podría haber contribuido a fomentar la modalidad de aportación de la prueba desde el extranjero acogiendo una forma de cooperación judicial que tuviera por objeto compeler a su desplazamiento. De este modo, el órgano jurisdiccional requerido podría solicitar a la autoridad judicial extranjera competente la adopción de las medidas de compulsión necesarias para que la prueba se practicara ante él. Éste parece ser un supuesto de cooperación judicial no previsto por el Reglamento y que, sin embargo, en algunos casos podría ser de una utilidad innegable. Piénsese, por ejemplo, en el testigo residente en Andorra (y perfectamente capaz para desplazarse) que se niega a comparecer ante un juez catalán. Precisamente, la posibilidad que se acaba de sugerir, parece haber sido acogida recientemente por nuestro legislador en la nueva Ley 60/2003 de Arbitraje («LA»), en relación con la asistencia judicial para la práctica de pruebas en apoyo a un procedimiento arbitral (artículo 33 LA<sup>30</sup>).

Por lo que respecta a la modalidad a la que me he referido como solicitud de obtención de pruebas directa por los interesados, cabría pensar que el Reglamento podría haber propiciado, cuando me-

---

<sup>30</sup> El artículo 33 LA prevé: «Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente 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 subrayado es nuestro].

nos, declaraciones de los Estados miembros en relación con su postura ante dicha posibilidad. A este respecto, el Reglamento se diferencia de su homólogo, el Reglamento (CE) n.º 1348/2000, relativo a notificaciones, en el que si bien propiamente se regula exclusivamente el procedimiento de notificación internacional basado en el mecanismo de cooperación judicial, se aceptan también expresamente otros medios de transmisión y notificación como la vía consular y diplomática (artículos 12 y 13), la vía postal (artículo 14), y el sistema de solicitud directa (artículo 15). En relación con éstos últimos, el Reglamento (CE) n.º 1348/2000, solicita la opinión y el posicionamiento de los Estados miembros al respecto, es decir, que manifiesten si las aceptan o no, y en su caso, bajo qué condiciones<sup>31</sup>.

### III. OBJETO DE LA SOLICITUD DE COOPERACIÓN JUDICIAL PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS

#### **3.1. EN BÚSQUEDA DE UN SIGNIFICADO COMUNITARIO PARA LAS PRUEBAS CUYA OBTENCIÓN AMPARA EL REGLAMENTO**

Una de las condiciones de aplicación del Reglamento es que la petición de asistencia judicial tenga por objeto la «práctica de diligencias de obtención de pruebas». El Reglamento no define tal expresión, ni la del término «prueba»<sup>32</sup>. Tampoco prevé un listado de las actuaciones cuya obtención cabría solicitar a su amparo, aunque, como vere-

---

<sup>31</sup> El diferente tratamiento dispensado a este respecto entre el citado Reglamento de notificaciones y el que nos ocupa puede deberse a los mayores perjuicios que podrían derivarse de la práctica de una prueba, frente a la práctica de una notificación. Según ARENAS GARCÍA, «la práctica de determinadas pruebas, a diferencia de lo que sucede con la notificación, sí que puede ocasionar un perjuicio inadmisiblemente a alguna de las partes desde la perspectiva del ordenamiento del Estado requerido, lo que justificaría que se negase a cooperar en ciertos casos. Consecuencia de ello es que los controles que se establecen en la regulación de la CJI en materia de prueba son con frecuencia más rigurosos que los existentes en el ámbito de las notificaciones». *Vid.* ARENAS GARCÍA, *op. cit.*, pág. 108.

<sup>32</sup> La indefinición del concepto prueba o de lo que deba entenderse por obtención de pruebas —*taking of evidence*», *faire tout acte d'instruction*, *assunzione di mezzi di prova*— es una constatación del derecho convencional dedicado a la materia. Ello debe atribuirse al tratamiento que tradicionalmente se le ha dispensado, centrado exclusivamente en los aspectos técnicos del mecanismo de la cooperación judicial. No debe extrañar entonces que el Reglamento, preocupado también principalmente por mejorar dichos aspectos, no aclare que debemos entender por «prueba» a los efectos de su aplicación.

mos más adelante, sí hace referencia a alguna de ellas. Cabe por tanto cuestionarse qué tipo de actuaciones responderían a esa noción y si éstas serían comunes a todos los Estados miembros<sup>33</sup>.

Pese a no proporcionar un concepto autónomo de prueba, la delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento parece mejorar la del Convenio al excluir la genérica —y por ello controvertida— referencia a «otras actuaciones judiciales» prevista en su artículo 1<sup>34</sup>. Sin embargo, también ha de recordarse que, a reglón seguido, se precisaba que dicha expresión no incluía los actos de notificación, ni las medidas de conservación o ejecución. En este sentido, parece evidente que el Reglamento no es de aplicación a los actos de notificación, por la sencilla razón de que la ejecución de tales actos en el ámbito de la Unión es objeto del Reglamento (CE) n.º 1348/2000. Más dudas plantea, como tendremos ocasión de ver, la inclusión de las «medidas de conservación» en el ámbito de aplicación del Reglamento.

Las diversas y no poco insignificantes diferencias que existen entre los distintos ordenamientos jurídicos en materia probatoria explican que la identificación de un concepto autónomo de prueba no sea una tarea fácil. No obstante, al margen de la falta de univocidad de dicho término (es evidente que se emplea para designar realidades diversas —así, en España, medio de prueba, carga de la prueba, proposición o práctica de prueba—), y al margen también de disquisiciones y posiciones doctrinales, parece que el término «prueba» responde a una noción clara, no ya solo para el jurista sino también para el profano: la de una actividad encaminada a convencer al juez o tribunal que conoce de un determinado procedimiento de los hechos o afirmaciones formuladas por las partes en el seno de éste<sup>35</sup>. Esta noción —aunque, si se quiere, tosca y genérica— parece que sería comúnmente aceptada. Por tanto, la problemática inherente a la determinación de un concepto autónomo de prueba radicaría más

<sup>33</sup> El TJCE ha defendido en diversas ocasiones que es preferible la extracción de una noción común y unificadora, es decir, de conceptos autónomos, que la remisión a lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos nacionales. En este sentido, *vid.* entre otras, Sentencia de 22 de marzo de 1983 (Asunto 34/82 *Peters*), y Sentencia de 8 de marzo de 1988 (Asunto 9/87, *Arcado c. Haviland*). Cabe esperar que muchas de las cuestiones prejudiciales que se planten al TJCE en relación con el Reglamento se refieran a la delimitación del concepto de prueba. En este sentido, *vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, G. «Reglamento (CE) n.º 1206/2001, de 28 de mayo de 2001. Nota». *Anuario de Derecho Internacional Privado 2003*, pág. 473.

<sup>34</sup> En este mismo sentido, *vid.* DIAGO DIAGO, *op. cit.*, pág. 52.

<sup>35</sup> Por todos, *vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A. y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. en «Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración», Madrid, 2000, pág. 285.

bien en la existencia de diversas actividades que responden a la referida noción en cada Estado, y en los heterogéneos modos y maneras de desarrollarlas. En todo caso, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que tales diferencias hayan sido fundamentalmente estudiadas en un contexto mundial, y en especial, en relación con los contrastes existentes entre el derecho continental-europeo y el derecho anglo-americano<sup>36</sup>. Ello invita a pensar que si nos ceñimos al contexto comunitario —que es el del Reglamento— la dificultad a la que nos enfrentaríamos sería previsiblemente menor, puesto que, de entre los Estados miembros, que se adscriben al sistema del *common-law*, Irlanda del Norte y el Reino Unido, las citadas divergencias no parecen hoy en día irreconciliables como quizás lo fueran en el pasado.

La transformación experimentada en el Reino Unido en relación con la *discovery* ilustra claramente la anterior afirmación<sup>37</sup>. Es conocida la controversia que este fenómeno —paradigmático de las referidas divergencias existentes entre los países de tradición anglosajona y los de tradición civilista—, ha ocasionado<sup>38</sup>. En especial, la versión denominada *pre-trial discovery*<sup>39</sup> suscitó en el marco del Con-

<sup>36</sup> Vid. «Introduction to the Draft Principles of Transnational Civil Procedure with Comments. UNIDROIT», 2003, pág. 4. «Las diferencias entre los sistemas procesales son, en gran medida, diferencias entre los sistemas del *common-law* y *civil-law*». Para un completo estudio al respecto, vid. LAURENCE CRAIG, «Common Law Principles on the Taking of Evidence, German Institution of Arbitration», pág. 11.

<sup>37</sup> Como consecuencia de las sucesivas reformas experimentadas por las normas de procedimiento civil inglés en las últimas décadas, y que han culminado en las *Civil Procedural Rules (CPR)*, la concepción de la *discovery* como fase previa a lo que propiamente es el proceso, predominantemente controlada por las partes (más exactamente, por sus abogados), ha sido sustituida por una fórmula que se asemeja a la concepción civilista de la práctica de la prueba, al haberse dotado a los tribunales ingleses de mayores facultades. Asimismo, el empleo del *disclosure of documents* está sometido a unos límites mucho más estrechos que los de la *discovery*. Vid. KAUFMANN-KOHLER, G. «Globalization of Arbitral Procedure». *Vanderbilt Journal of Transnational Law* [Vol.36:1313], pág. 1325. Para un análisis *in extenso* de la *disclosure of documents* en Inglaterra y Gales, vid. «Lord Chancellor's Department Practice Direction supplementing Part 31 CPR» [h].

<sup>38</sup> MECARELLI se refiere a dichas controversias de una manera muy literaria. «Símbolo para muchos del antagonismo entre los sistemas del *common-law* y el derecho civil, (...) la *discovery* aviva las pasiones, inflama los ánimos (...). Vid. MECARELLI, G. «Quelques réflexions en matière de discovery». *Rev. Dr. Unif*, 2001, pág. 901.

<sup>39</sup> Transcribo la definición de «*pre-trial discovery*» que, en nuestra opinión, es la más clara de cuantas hemos consultado: «Proceso que tiene lugar después de la fase de alegaciones iniciales, en virtud del cual las partes se descubren entre sí todos aquellos documentos de importancia que se encuentran en su poder, incluso aunque les sean perjudiciales para sus respectivas pretensiones o defensa». Vid. CRAIG, *op. cit.*, pag. 14.

venio una intensa polémica<sup>40</sup>. No obstante, ya en relación con esa controversia, no ha de olvidarse que la introducción de la reserva del artículo 23 del Convenio, en virtud de la cual los Estados firmantes podrían excepcionar la ejecución de las comisiones rogatorias que tuviesen por objeto la *pre-trial discovery of documents* fue precisamente auspiciada por el Reino Unido ante el temor a las *fishing expeditions* procedentes de los Estados Unidos, lo que ya proporciona una clara idea de las profundas divergencias existentes entre Reino Unido y Estados Unidos a este respecto<sup>41</sup>. Pues bien, en la actualidad, y en un contexto comunitario, podría afirmarse que la polémica asociada a esta institución carece de sentido, pues ya no hay *discovery* en el Reino Unido sino *disclosure of documents*<sup>42</sup>.

Por lo que a los países de derecho continental-europeo respecta, el fenómeno de la *disclosure of documents* era, en términos generales, desconocido hasta hace unas décadas. Cada litigante «producía» aquellos documentos que avalaban sus afirmaciones y pretensiones, sin que pudieran ser conminados a facilitar información o documentos que pudieran ser perjudiciales para sus intereses<sup>43</sup>. Por el contrario, hoy en día la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén la posibilidad de que las partes e incluso los terceros puedan venir obligados, en determinadas circunstancias y condiciones, a la exhibición de ciertos documentos. Así, por citar algunos ejemplos, en España (arts. 328 a 333 LEC)<sup>44</sup>, Alemania (§142 (1) (2) ZPO)<sup>45</sup>, Italia

<sup>40</sup> Por todos, *vid.* DIRK-REINER «Obtaining evidence (...). Germany», *International Bar Association Series*, 1988.

<sup>41</sup> Sobre las diferencias entre la «*discovery*» inglesa y la estadounidense, por todos, *vid.* COELHO-ADAM, DAPHNE. «Fishing for the smoking gun: The need for British courts to grant American Style Extraterritorial Discovery Requests in U.S. Industry-Wide Tort Actions» [<http://law.vanderbilt.edu/journal/33-05/33-5-3.htm>].

<sup>42</sup> *Vid.* MECARELLI *op. cit.*, pág. 911. «El mismo término *discovery* es completamente abandonado en beneficio de la expresión *disclosure*, culturalmente más neutra, que se refiere fundamentalmente a la divulgación espontánea de los elementos de prueba entre las partes (...)».

<sup>43</sup> El caso español representa un ejemplo típico, pues, como es sabido, en nuestra antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 se omitía toda referencia al deber de exhibición de documentos por las partes.

<sup>44</sup> *Vid.* «Synopsis of replies on the questionnaire relating to the Hague Convention of 18 March 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters. Preliminary Document n.º 7», pág. 5, [[http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/lse\\_pd07.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/lse_pd07.pdf)]. Precisamente, la introducción de los artículos 328 y ss. LEC en nuestro ordenamiento jurídico llevó a una relajación de la postura española en relación con las comisiones rogatorias cuyo objeto fuera la obtención de pruebas a través del procedimiento de *pre-trial discovery*.

<sup>45</sup> También la Sección 254 ZPO atribuye a las partes el derecho de recibir información de la otra parte en ciertos casos y circunstancias. *Vid.* KIRCHHOFF, HANS-PETER. «The giving and taking of evidence in civil courts» [h «.

(arts. 210 y ss. *codice de procedura civile*), Francia (arts.132 y ss. *Nouveau Code de Procedure Civile*).

Así las cosas, la convergencia entre los países de tradición civilista en relación con la exhibición o producción de documentos por un lado, y por otro, la desaparición de la *discovery* en el Reino Unido, a favor de la más restrictiva *disclosure of documents* invitan a pensar que es posible hablar de una tendencia a la homogeneización en relación con el deber de producción de documentos en el ámbito de la Unión<sup>46</sup>. Y que, por tanto, la producción o exhibición de documentos constituiría una prueba cuya obtención cabría solicitar al amparo del Reglamento<sup>47</sup>, sin miedo a que con ello estemos incluyendo la *discovery* en ninguna de sus variantes. En cualquier caso, y aunque parecía evidente atendiendo a las consideraciones precedentes, el Consejo Europeo ya ha salido al paso de las eventuales dudas que pudieran surgir en relación con la aceptación por parte del Reglamento de la *discovery* en cualquiera de sus modalidades, al declarar que el Reglamento no es aplicable al procedimiento de *pre-trial discovery* ni a las *fishing expeditions*<sup>48</sup>.

Junto a la exhibición o producción de documentos, parece inquestionable que existen otras actuaciones comunes a los Estados miembros que serían susceptibles de ser calificadas como diligencias de obtención de pruebas a los efectos del Reglamento. Su artículo 4, relativo al contenido de la solicitud de cooperación judicial, prevé expresamente como diligencia de obtención de prueba la encaminada a *tomar declaración a un persona*. Por su parte, el Formulario A para la solicitud de obtención de pruebas adjunto al Reglamento, se refiere al *examen de testigos*. Quizás, el hecho de que las partes estén, por lo general, dispuestas a desplazarse a la sede del órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento para la práctica de aquellas pruebas que les afectan personalmente, explica que el Reglamento únicamente se refiera al interrogatorio de testigos en dicho formulario. No obstante, de los amplios tér-

<sup>46</sup> En este sentido, *vid.* KAUFMANN-KOHLER, *op. cit.*, pág. 1326. «Estos comentarios ilustran una tendencia general: la homogeneización de las normas de procedimiento civil. Mientras que el derecho inglés limita la *discovery* de documentos, el derecho alemán incorpora la obligación de producirlos».

<sup>47</sup> No obstante, cabría pensar que el modelo de exhibición de documentos adoptado por el Reglamento es excesivamente restrictivo, pues como se ha señalado, parece exigirse que a la solicitud se acompañen los documentos que deban ser examinados. Dicha obligación, en el caso de España, no sorprendería en exceso, (*ex.* artículo 328.2 LEC), sin embargo, en otros Estados miembros puede parecer abusiva.

<sup>48</sup> *Vid. Annex II, JUSTCIV 64, Brussels, 15 May 2001.*

minos empleados por el Reglamento en su citado artículo 4 debe concluirse que también sería posible no solo el interrogatorio de las partes y testigos, sino también el de los expertos o peritos. La inclusión de esta actuación consistente en el interrogatorio de los expertos o peritos acerca del dictamen que hubieran emitido en relación con un concreto procedimiento en el ámbito de aplicación del Reglamento, no parece que pueda plantear problemas, pues constituye una práctica admitida por la mayoría de los Estados miembros<sup>49</sup>. Por lo demás, en el mismo artículo 4 del Reglamento se hace una referencia genérica a la solicitud de obtención de pruebas *de otra índole*, y a este respecto, exige que se acompañen a dicha solicitud los documentos u objetos que deberán inspeccionarse. De dicho inciso se podría concluir que la actuación consistente en el reconocimiento o inspección de objetos (a través de una interpretación extensiva, también lugares) sería susceptible de ser calificada de diligencia de obtención de pruebas amparada por el Reglamento. A este respecto, es evidente que dicho reconocimiento únicamente se referiría al llevado a cabo por las autoridades judiciales, pues el realizado por perito no precisa del recurso a la cooperación judicial, ni, por consiguiente, le es de aplicación el Reglamento<sup>50</sup>.

Cabe dudar, sin embargo, de si las actuaciones consistentes en la inspección o el reconocimiento de personas —por ejemplo, a las extracciones de sangre o al sometimiento a un examen médico— podrían ser objeto de una solicitud de obtención de pruebas al amparo del Reglamento o, por el contrario estarían excluidas. La cuestión ya se planteó en el marco del Convenio, pues mientras que en algunos países, como por ejemplo Francia, Escocia, Holanda o Portugal, la compulsión directa sobre las personas para la realización de análisis de sangre puede ser inconstitucional<sup>51</sup>, en

<sup>49</sup> Vid. los arts. 232 a 284 *Nouveau Code de Procedure civile*; § 404 *Zivilprozessordnung* alemán; art. 201 *codice di procedura civile*, art. 347 LEC, etc.

<sup>50</sup> La iniciativa del Reglamento presentada por Alemania, preveía en su artículo 1 la siguiente salvedad: «Por regla general, no se solicitará la obtención de pruebas de un Estado miembro desea que un perito practique un reconocimiento en otro Estado miembro. Es este caso, el órgano jurisdiccional de este Estado miembro podrá nombrar directamente a un perito sin que se requiera la autorización o información previas del otro Estado miembro». Esta previsión fue omitida por superflua, pues parece indiscutible que el perito, ya que no es una autoridad ni actúa como tal, puede actuar en el territorio de cualquier Estado sin que ello vulnere o atente contra su soberanía. En este mismo sentido, *vid.* DIAGO DIAGO, *op. cit.*, pág. 53.

<sup>51</sup> *Vid.* ROSENDE VILLAR, *op. cit.*, pág. 12.

otros, como Inglaterra, estas actuaciones son legítimas<sup>52</sup>. No obstante, finalmente, su aceptación terminó prosperando, por la importancia que las pruebas biológicas o antropológicas podían tener en ciertos casos<sup>53</sup>, por lo que cabría adoptar la misma conclusión en relación con la inclusión de dichas actuaciones en el ámbito de aplicación del Reglamento.

En todo caso, por el momento y a efectos prácticos, deberemos estar a lo dispuesto con carácter general en los derechos nacionales de cada Estado miembro en relación con los medios de prueba admitidos en los procedimientos que se sigan ante sus órganos jurisdiccionales. No obstante, también ha de tenerse en cuenta que algunos Estados ya han adoptado e integrado en su ordenamiento jurídico, a través de leyes internas, las disposiciones previstas en el Reglamento. Por tanto, en dichos países habrá que estar a lo dispuesto en esas leyes. Así, la «*Swedish Act on the taking of evidence for a foreign court of law*», contiene una lista (aunque no exhaustiva) con las diligencias de obtención de pruebas que pueden ser solicitadas a su amparo, y «*Part 34 Witnesses, depositions and Evidence for foreign Courts (CPR)*» en el Reino Unido.

### **3.2. REFERENCIA A TRES FIGURAS ESPAÑOLAS: LA PRUEBA ANTICIPADA, LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE PRUEBA Y LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES**

A fin de delimitar el objeto de la solicitud de obtención de pruebas a los efectos de aplicación del Reglamento se debe asimismo tener en cuenta la advertencia contenida en el párrafo segundo del artículo 1, a tenor de la cual «*No se solicitará la obtención de pruebas que no estén destinadas a utilizarse en una causa iniciada o que se prevea incoar*»<sup>54</sup>. Para tratar de garantizar que el mecanismo de cooperación judicial previsto en el Reglamento no se emplee con fines distintos a los

<sup>52</sup> Sirva como prueba lo dispuesto en la «*Evidence (Proceedings in other Jurisdictions) Act 1975* inglesa —a través de la cual se incorporaron y adaptaron al ordenamiento jurídico inglés las disposiciones del Convenio— en la que se prevé una lista de las diferentes actuaciones judiciales que cabría solicitar a través de comisión rogatoria a las autoridades inglesas para obtener pruebas en su territorio. En dicha lista se incluyen la inspección médica («*medical examination*»), y las extracciones de sangre («*taking and testing of samples of blood*»).

<sup>53</sup> Vid. DIAGO, *op. cit.*, pág. 22.

<sup>54</sup> Esta previsión parece reproducir la contenida en el artículo 1 del Convenio.

legítimos<sup>55</sup> se prohíbe solicitar la obtención de pruebas que no vayan a ser empleadas, no ya solo en una causa incoada, sino también en relación con una causa «*que se prevea incoar*». De dicha cautela se colige que en los Estados miembros es posible la obtención de pruebas en un momento anterior al inicio del procedimiento en el que, eventualmente, se vayan a integrar.

En relación con este inciso legal y por lo que a España se refiere, parece incuestionable que sería posible solicitar la obtención de una *prueba anticipada* (art. 293 LEC) al amparo del Reglamento<sup>56</sup>. De hecho, la prueba anticipada representaría un ejemplo típico de modalidad de prueba cuya inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento pretende garantizar, precisamente, la previsión contenida en su artículo 1 párrafo segundo<sup>57</sup>. No cabe concluir otra cosa puesto que dicha figura no supone más que la anticipación de actos de prueba a un momento anterior a la iniciación del proceso en cuestión, o, ni siquiera eso, sino simplemente a un tiempo anterior a la celebración de la audiencia previa, momento previsto para la proposición de prueba.

Más problemática resulta la inclusión de las denominadas *medidas de aseguramiento de pruebas* (art. 291.1 LEC) en el ámbito de aplicación del Reglamento. El problema que éstas plantean debe ponerse en relación, no con el hecho de que su adopción sea anterior al inicio de un procedimiento, lo que, como ya sabemos, no impediría la aplicación del Reglamento, sino con su naturaleza. Y ello, porque pese a su ubicación sistemática en la LEC («Capítulo V. De la prueba: disposiciones generales»), esta institución procesal participa más de la naturaleza de una medida cautelar que a la de una prueba. La misión de las medidas de aseguramiento de prueba es la de garantizar que la práctica de la prueba no se frustre, y en esto se equiparan a la prueba anticipada. Sin embargo, mientras que ésta última consigue

<sup>55</sup> La razón que subyacía a la previsión análoga del Convenio, y que debemos concluir que subyace a la prevista en el Reglamento, es el temor a que la solicitud de asistencia judicial tenga un objeto distinto al de obtener pruebas en relación con un procedimiento, por ejemplo, la satisfacción de intereses comerciales o industriales de las partes. En este sentido, *vid.* W. AMRAM. «Explanatory report on the Hague Convention of 18 March 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters», pág. 2, [<http://www.hccn.net/e/conventions/expl20e.html>.]

<sup>56</sup> Por todos, *vid.* DIAGO DIAGO, *op. cit.*, págs. 19 y 20.

<sup>57</sup> Así, la prueba anticipada española podría haber sido citada junto con otras modalidades de prueba cuya práctica se permite con carácter previo al inicio de un procedimiento en los ordenamientos jurídicos de otros Estados miembros, como por ejemplo «*l'enquête ad futurum*» o la «*procedure valétudinaire*» francesas, o «*Be-weissicherungsverfahren*» alemana. *Vid.* AMRAM, *op. cit.*, pág. 3.

su objetivo a través de la mera anticipación de la práctica de la prueba en cuestión, las segundas lo hacen mediante la adopción de ciertas precauciones que garantizan que la prueba pueda practicarse en el momento previsto para ello (por ejemplo, «medidas de conservar cosas o situaciones», y «mandatos de hacer o no hacer»).

Atendiendo a las anteriores consideraciones, cabría defender que las medidas de aseguramiento de prueba no están incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento. Tal conclusión viene además reforzada por la interpretación efectuada en relación con la expresión «*other judicial act*» prevista en el artículo 1 del Convenio, y según la cual la adopción de medidas cautelares no estaría incluida entre esos actos judiciales susceptibles de ser solicitados al amparo del Convenio<sup>58</sup>.

Ahora bien, también si atendemos a la naturaleza de las medidas de aseguramiento de pruebas cabría pensar que la razón determinante de que las mismas estén excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, sería que su adopción en el extranjero ya estaría amparada por otro instrumento comunitario, el Reglamento (CE) n.º 44/2001. En concreto, por su artículo 31 que, como es sabido, vino a reemplazar al artículo 24 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 de Bruselas (CB)<sup>59</sup>. No obstante, esta conclusión precisa para su validez de una corroboración previa tendente a comprobar si las medidas de aseguramiento de prueba responderían a la noción de medida provisional o cautelar contenida en el Reglamento (CE) n.º 44/2001<sup>60</sup>.

Como es sabido, el citado artículo 31 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 tampoco ofrece un concepto autónomo de medida provisional, sino que se remite a lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a los efectos de su determinación. No obstante, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) cabe deducir que son medidas provisionales a los efectos del citado artículo 31, aquellas que «*estén destinadas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar de-*

<sup>58</sup> Vid. AMRAM, *op. cit.*, pág. 4.

<sup>59</sup> «Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Reglamento, un tribunal de otro Estado fuere competente para conocer sobre el fondo».

<sup>60</sup> Para un análisis en profundidad del significado de medidas cautelares o provisionales a los efectos del artículo 24 CB, *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F. «Medidas cautelares de Proceso Civil Extranjero (Artículo 24 del Convenio de Bruselas)», Granada, 1998.

*rechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto»*<sup>61</sup>. Atendiendo a la anterior definición no cabría sino concluir que las medidas de aseguramiento de prueba no tendrían *stricto sensu* encaje en el concepto de *medida provisional* del Reglamento (CE) n.º 44/2001<sup>62</sup>.

Ahora bien, pese a que desde un punto de vista doctrinal, la equiparación entre medidas cautelares a los efectos de aplicación del Reglamento (CE) n.º 44/2001, y medidas de aseguramiento de pruebas no sea correcta, en la práctica la cuestión no está tan clara. Así, existe una corriente jurisprudencial entre tribunales franceses y belgas partidaria de solicitar y conceder al amparo de lo dispuesto en el artículo 31 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 medidas a través de las que se trata de asegurar la práctica de una determinada prueba<sup>63</sup>. Por el contrario, en el Reino Unido, la ley interna de desarrollo del Reglamento (CE) n.º 44/2001, la «Civil Jurisdiction and Judgments Act» de 1982, excluye expresamente la posibilidad de adopción de medidas destinadas a la conservación de una prueba en procedimientos sustanciados en el extranjero. Correlativamente, la «Evidence (Proceedings in other Jurisdictions) Act» de 1975 prevé entre las actuaciones de obtención de prueba que las autoridades judiciales inglesas pueden realizar en respuesta a una solicitud de cooperación judicial internacional con este objeto, la adopción de medidas consistentes en «*preservation, custody or detention of any property*»<sup>64</sup>, medidas que cabría entender de asegu-

<sup>61</sup> Fundamento 34 de la Sentencia de 26 de marzo de 1992, (asunto *Mario Reichert c. Dresdner Bank*, II) [C-216/90].

<sup>62</sup> Fundamentalmente porque (i) el objetivo de las merítadas medidas de aseguramiento de prueba no es asegurar la efectividad de la resolución o sentencia que ponga fin al procedimiento, sino únicamente la de un medio de prueba concreto; y además, (ii) el *periculum in mora* es distinto, pues el riesgo que las medidas de aseguramiento de prueba tratan de evitar no es que la resolución que ponga fin al fondo del asunto devenga ineficaz, sino el que tenga un contenido contrario al deseado por la falta de práctica de una prueba determinada.

Por todos, *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F. *op. cit.*, pág. 53.

<sup>63</sup> GASCÓN INCHAUSTI precisa a este respecto «se trata, como regla, de resoluciones provisionales en las que se acuerda la práctica de una pericia o reconocimiento, v.g. la 'expertise judiciaire' acordada en 'référé', del art. 145 del *Nouveau Code de Procédure Civile* francés o la conservación de ciertos efectos probatorios, v.g., la 'saisie-description' del art. 1.481 del *Code judiciaire* belga, en apoyo a un proceso que ha de sustanciarse ante los Tribunales de otro Estado contratante del CB». *Vid.* GASCÓN, *op. cit.*, pág. 54.

<sup>64</sup> Por lo que a España se refiere, cabría defender que nuestro legislador es partidario de equiparar las medidas de aseguramiento de pruebas con las diligencias de obtención de pruebas, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 LA relativo a la asistencia judicial para la práctica de pruebas en apoyo al arbitraje, una de las modalidades de asistencia judicial para la práctica de pruebas consistiría precisamente en la adopción de «*medidas de aseguramiento*».

ramiento de pruebas. La disparidad existente a este respecto se ha visto incrementada recientemente por las conclusiones alcanzadas por el Abogado General del TJCE en el *Asunto C-104/03 St. Paul Dairy Industries NV vs. Unible Exser BVBA*, en relación con una disposición del Código procesal civil neerlandés que prevé la posibilidad de realizar una actuación a los efectos de conservar un elemento de prueba para su utilización en procedimiento posterior; es decir una medida de aseguramiento de prueba. Según las conclusiones del citado Abogado, de la jurisprudencia del TJCE sí cabría afirmar que la actuación prevista en la referida disposición holandesa estaría incluida en la noción de medidas provisionales prevista en el artículo 24 CB<sup>65</sup> (hoy artículo 31 del Reglamento (CE) n.º 44/2001. Por tanto, y al menos hasta la fecha, parece que deberíamos concluir que la obtención de medidas de aseguramiento de prueba estarían amparadas por éste último instrumento comunitario y no por el Reglamento de obtención de pruebas.

La inclusión de las *diligencias preliminares* en el ámbito de aplicación del Reglamento representaría también un supuesto problemático<sup>66</sup>. En especial, de las modalidades de preliminares previstas en el artículo 256.1, 2.º, 3.º, 4.º LEC relativas a las peticiones de exhibición de documentos en supuestos sucesorios, entre socios y comuneros y en relación con el seguro de responsabilidad civil, pues, en definitiva, todos ellos constituyen supuestos de exhibición de documentos, como los previstos en la Sección 4.ª del Capítulo VI LEC<sup>67</sup>. En este sentido, es decir, si se atiende a la actuación concreta en la que dichas diligencias se materializan —la producción de un documento determinado— cabría defender una postura favorable a su inclusión dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. No obstante, a poco que se piense acerca de la naturaleza y finalidad de las diligencias preliminares esta postura se vería seriamente cuestionada. Porque si bien las preliminares pueden servir para preconstituir pruebas, e incluso garantizar la efectividad de la actividad probatoria que pudiera llevarse

<sup>65</sup> Vid. *Europa en Breve* 13/09/04 —n.º 29 (*Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*). Delegación del Consejo General de la Abogacía Española.

<sup>66</sup> Para un análisis *in extenso* sobre las diligencias preliminares, vid. ÁLVAREZ ALARCON, A. «Las Diligencias Preliminares en el Proceso Civil», Barcelona, 1997.

<sup>67</sup> SACRISTÁN REPESA entiende que la diferencia inmediata entre los supuestos de diligencias preliminares previstos en el artículo 256.1, números 2.º a 5.º y los casos de exhibición de documentos previstos en sede de prueba es *procesal en sentido estricto*, en el sentido de que no hay juicio en las diligencias preliminares, mientras que nos encontramos dentro de él en los supuestos previstos en los arts. 328 y 329. Vid. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (Coor.), *op. cit.*, pág. 1550.

a cabo en un eventual procedimiento judicial (lo que les acerca a la prueba anticipada)<sup>68</sup>, la finalidad a la que responde en primer lugar es la de preparar un juicio, en especial, de cara a la averiguación de la legitimación. Se trata, en definitiva, de obtener aquella información cuya obtención resulta fundamental para poder instar un procedimiento con las imprescindibles garantías de éxito. Ello aleja a las diligencias preliminares de la noción de prueba apuntada más arriba. No obstante, pese a que desde un punto de vista teórico parece inapropiado solicitar la cooperación de los órganos jurisdiccionales de la Unión para la realización de diligencias preliminares al amparo de las disposiciones del Reglamento, no es impensable que nuestros jueces y tribunales acojan esta posibilidad atendiendo a la circunstancia ya señalada, de que varias de las diligencias preliminares previstas en nuestro ordenamiento se materializan en la exhibición de documentos.

#### IV. DESTINO DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS AL AMPARO DEL REGLAMENTO: DE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO A LA ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN APOYO AL ARBITRAJE

La cuestión de la que trataré a continuación surge también al hilo de la prohibición prevista en el párrafo segundo del artículo 1 del Reglamento. No obstante, a diferencia de las planteadas en el epígrafe anterior, ésta no gira entorno al objeto de la solicitud de asistencia judicial, sino al destino o empleo que cabe dar a la prueba obtenida a través de la ejecución de dicha solicitud.

Tradicionalmente, las pruebas obtenidas a través de la asistencia judicial debían utilizarse para los fines descritos en la petición de cooperación judicial. Únicamente si el Estado requerido concedía al Estado requirente permiso para ello, podían emplearse para otros usos. No obstante, en algunos tratados de asistencia judicial bilateral modernos esta cuestión recibe otro tratamiento, a todas luces, más lógico y eficaz que el tradicional: se obliga al Estado requerido a indicar si desea imponer alguna limitación de uso específica, o si por el contrario, no lo considera necesario<sup>69</sup>. En el Reglamento no existe una previsión en este sentido, por lo que, en principio, habrá que es-

---

<sup>68</sup> Vid. ALVAREZ ALARCÓN, *op. cit.*, pág. 57.

<sup>69</sup> En este sentido, *vid.* el «Informe del Grupo de Trabajo oficioso de Expertos del PNUFID sobre las mejores prácticas de asistencia judicial recíproca», *United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention*, Viena 3 a 7 de diciembre de 2001, pág. 12.

tar a lo dispuesto en su citado artículo 1.2. Dicho precepto legal deja claro que las pruebas cuya obtención sea objeto de la solicitud de cooperación que se efectúe al amparo del Reglamento tendrán que utilizarse en una *causa* que, como hemos visto, puede o no estar iniciada.

Cabe cuestionarse si el término *causa* abarcaría otras controversias de distinta naturaleza a las judiciales de carácter mercantil o civil, como por ejemplo los procedimientos administrativos o las controversias sometidas a arbitraje. Es ésta una cuestión distinta y, si se quiere posterior, a la también planteada en el marco del Convenio en relación con la posibilidad de que un árbitro o, en su caso, el colegio arbitral, pudieran solicitar directamente de los órganos judiciales extranjeros la obtención de pruebas<sup>70</sup>.

Desde un punto de vista interno o nacional la posibilidad antes referida no resulta sorprendente. La institución conocida en nuestra antigua Ley de Arbitraje de 1988 bajo la denominación de *auxilio judicial* al arbitraje, y ahora bajo la nueva Ley como *asistencia o apoyo judicial al arbitraje*, constituye un fenómeno conocido, y reconocido en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno<sup>71</sup>. No obstante, dicho fenómeno no puede extrapolarse al ámbito internacional salvo que el derecho extranjero así lo permitiera pues, en definitiva, la solicitud que efectúe un árbitro a un órgano judicial extranjero al objeto de que le asista para la obtención de una prueba, sería equiparable a la que realiza cualquier persona interesada. Por lo tanto, estaríamos ante un supuesto de solicitud directa de obtención de pruebas. En cuanto a la acogida que dicha posibilidad pudiera tener en el ámbito de los instrumentos internacionales relativos a la cooperación judicial para la obtención de pruebas como lo es el Convenio y el Reglamento, parece que ésta únicamente podría tener

---

<sup>70</sup> No obstante, he podido observar que en ocasiones ambas cuestiones se confunden. Por ejemplo, *vid.* ROSENDE VILLAR, *op. cit.*, pág. 2. «La solicitud de obtención de prueba debe ser solicitada por un órgano jurisdiccional, por lo que dada esta previsión se excluye la aplicación del Reglamento a las cuestiones sometidas a arbitraje». La misma confusión se observa en la respuesta dada por algunos Estados contratantes del Convenio a la pregunta efectuada por la Comisión especial de la Conferencia de Derecho Privado de La Haya en relación con la aplicación de dicho texto a las cuestiones sujetas a arbitraje. *Vid.* «Synopsis of replies on the questionnaire relating to the Hague Convention of 18 March 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters. Preliminary Document n.º 7», pág. 11, [[http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/lse\\_pd07.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/lse_pd07.pdf).]

<sup>71</sup> Entre otros, *vid.* § 44 de la *Arbitration Act* inglesa, § 26 de la *Lag om skiljeförfarande* sueca, § 1050 *ZPO* alemana.

lugar sí se equiparasen los árbitros con órganos judiciales, lo cual resulta imposible si atendemos a la expresión «autoridad judicial» prevista en el Convenio, ni con la de «órgano jurisdiccional» del Reglamento para delimitar los sujetos legitimados para cursar y recibir las solicitudes de cooperación.

Descartada por tanto la posibilidad de que al amparo del Reglamento los árbitros soliciten directamente de las autoridades judiciales extranjeras su cooperación para la obtención de pruebas, queda pendiente la cuestión planteada inicialmente; si pueden los órganos judiciales de los Estados miembros acudir a los mecanismos de cooperación previstos en el Reglamento para obtener pruebas destinadas a un procedimiento arbitral, o si, por el contrario, las solicitudes de cooperación judicial efectuadas a estos efectos estarían excluidas de su ámbito de aplicación. Dicho de otro modo, si las solicitudes de lo que cabría denominar asistencia judicial *internacional* en apoyo al arbitraje, tienen o no cabida en el ámbito de aplicación del Reglamento. De ser ello posible, la situación sería la siguiente: el árbitro o colegio arbitral solicitaría del juez competente del Estado en el que tiene su sede el arbitraje asistencia para la obtención de una prueba que se encuentra en otro Estado a fin de que dicha autoridad judicial, a su vez, se dirija al órgano jurisdiccional competente en éste y le solicite, de conformidad con las disposiciones del Reglamento, su cooperación para la obtención de la prueba en cuestión. De este modo, la solicitud de asistencia judicial en apoyo al arbitraje se reconduciría a una solicitud de cooperación judicial internacional<sup>72</sup>, si bien la prueba así obtenida sería empleada en relación con un procedimiento arbitral.

Pues bien, tratando de encontrar una respuesta a esta cuestión, nos hemos encontrado con la sorpresa de que no cabría plantearse en relación con otras versiones lingüísticas del Reglamento, por ejemplo, las versiones inglesa, francesa o italiana, pues en éstas sí se especifica que los procedimientos en relación con los cuales deben emplearse las pruebas obtenidas al amparo del Reglamento deben ser procedimientos *judiciales*. Parece pues que el único problema que existe es de traducción. Por consiguiente, si adoptamos como válido lo dispuesto en los citados textos extranjeros del Reglamento<sup>73</sup>, habría que concluir que

---

<sup>72</sup> En este mismo sentido, *vid.* VIRGOS /ALFÉREZ, *op. cit.*, pág. 364. En sentido contrario, *vid.* ROSENDE VILLAR, *op. cit.*, pág. 3.

<sup>73</sup> En principio, ninguna de las versiones lingüísticas del Reglamento prevalece sobre las demás. No obstante, habida cuenta de que en la expresión *procedimiento judicial* se repite en muchas de las versiones, parece aconsejable adoptar éstas como válidas frente a la española.

el Reglamento excluye de su ámbito de aplicación las solicitudes de cooperación que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros se dirijan para la obtención de pruebas en relación con un procedimiento no judicial<sup>74</sup>, lo que incluye los procedimientos de arbitraje. Dicha decisión, tan —según parece— conscientemente adoptada por el legislador comunitario (recuérdese que en el Convenio se hacía referencia únicamente a procedimientos, sin más) es en nuestra opinión criticable pues representa un retroceso en relación con la tendencia y la voluntad actual de los Estados<sup>75</sup>. Efectivamente, parece haberse constatado que muchos de los Estados contratantes del Convenio permiten a sus órganos judiciales acudir a los mecanismos de cooperación judicial previstos en éste para dar respuesta a las solicitudes de obtención de pruebas que les formulan las autoridades de otros Estados en relación con un procedimiento arbitral<sup>76</sup>. Por ello, la decisión de excluir del ámbito de aplicación del Reglamento las solicitudes de cooperación judicial en apoyo a un procedimiento arbitral, representa un elemento distorsionador de la igualdad entre los Estados miembros a este respecto. Así, aquellos Estados miembros que sean a su vez contratantes del Convenio deberán acudir a los mecanismos de cooperación judicial que éste último prevé, más lentos y complejos que los del Reglamento, para tramitar las solicitudes de asistencia judicial internacional en apoyo al arbitraje. Pero peor todavía será para los Estados no contratantes del Convenio, como por ejemplo, Bélgica o Grecia. En estos países, a falta de regulación convencional (salvo acuerdos bilaterales al

<sup>74</sup> En este mismo sentido, *vid.* FUMAGILI, *op. cit.*, pág. 3.

<sup>75</sup> Sin ir más lejos, este es el caso de España. De la lectura del artículo 33 LA en relación con lo dispuesto en el artículo 8.2. LA, que se refiere a los tribunales competentes para prestar la asistencia judicial para la práctica de pruebas, se concluye que nuestro legislador reconoce, aunque de un modo implícito, la vertiente internacional de la asistencia judicial para la práctica de pruebas en relación con un procedimiento arbitral. Ello porque el citado artículo 8.2 LA no solo atribuye competencia territorial para prestar dicha asistencia al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que deba practicarse la prueba, sino también a al del lugar del arbitraje, atribución que únicamente tiene sentido en previsión de la posibilidad de que la asistencia judicial para la práctica de pruebas en relación con un procedimiento arbitral tenga carácter transfronterizo.

<sup>76</sup> *Vid.* «Conclusions et recommandations adoptées par la commission spéciale sur le fonctionnement pratique des conventions apostille, obtention des preuves et notification» [[h.vision.nl/index\\_fr.php?act=publications.details&pid=3121&dtid=2](http://h.vision.nl/index_fr.php?act=publications.details&pid=3121&dtid=2)]. «La Comisión especial ha constatado que en ciertos casos, y de conformidad con el derecho interno de los Estados, las disposiciones de la Convención han sido adaptadas en relación con procedimientos de arbitraje. La Comisión especial llama la atención sobre el hecho de que la solicitud de obtención de pruebas al amparo de la Convención debe ser presentada ante el órgano judicial competente del Estado en el que el arbitraje tiene su sede».

respecto) o comunitaria aplicable, se tendrá previsiblemente que recurrir a los sistemas de tramitación de la cooperación judicial que prevén sus derechos nacionales, por lo general todavía más lentos y obsoletos.

No obstante, cabría vislumbrar otro punto de vista más «esperanzador» que el anterior. Y es que, concluir con base exclusivamente en la interpretación literal de lo dispuesto en el citado inciso legal del artículo 1.2 del Reglamento, que éste excluye de su ámbito de aplicación las solicitudes de cooperación judicial para la obtención de pruebas en relación con un procedimiento arbitral, puede ser excesivamente rigorista; máxime cuando, como se ha advertido, la tendencia y voluntad de los Estados es otra actualmente. Así, si se extrapola la jurisprudencia asentada por el TJCE a raíz de la sentencia *Van Uden* al ámbito de la prueba internacional, habremos de convenir que lo únicamente relevante para que el Reglamento de obtención de pruebas sea de aplicación, es que la materia en cuestión sea calificada como civil o mercantil; con independencia, por tanto, de que la prueba a practicar tenga su —primer— origen en la petición del colegio arbitral.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

El Reglamento (CE) n.º 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, apuesta por una carta segura: el recurso a la cooperación judicial para la obtención de pruebas en la Unión Europea, en especial, por la cooperación activa que se presten entre sí los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. La lectura que se hace de dicho fenómeno es, además, la clásica. Indudablemente, las elecciones hechas por el Reglamento avalan las anteriores afirmaciones, pero también aquellas que no se han hecho. Así, como hemos visto, si bien se obliga a los Estados miembros a aceptar la posibilidad de que las pruebas sean obtenidas directamente en sus territorios «a lo anglosajón», es decir, a través de cualquier persona designada para ello por el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento, se impide que éstas soliciten de las autoridades judiciales extranjeras la adopción de medidas de carácter coercitivo que garanticen la eficacia de esta fórmula. Asimismo, la inclusión entre el elenco de causas de denegación de la solicitud de cooperación judicial para la obtención *directa* de pruebas, del genérico e impreciso motivo consistente en que dicha solicitud sea contraria a los principios fundamentales del derecho del Estado en el que deba practicarse, unido a la circunstancia de que, por el contrario, ese motivo no se encuentre entre las causas que justificarían la de-

negación de la solicitud de obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requerido, es una manifestación clara de las preferencias del legislador comunitario en relación con las dos modalidades de obtención de pruebas previstas en el Reglamento.

Que el Reglamento apueste en exclusiva por el mecanismo de la cooperación jurisdiccional tiene una justificación palpable y de difícil objeción. Y es que —al menos la fecha— dicho mecanismo representa en la mayoría de las ocasiones, no ya la mejor, sino la única opción para obtener aquellas pruebas que se encuentran fuera de las fronteras del Estado en el que se siga el procedimiento para el que vayan a servir. Como hemos visto, las fórmulas de obtención transfronteriza de pruebas que prescinden del mecanismo de la cooperación judicial —la basada en el desplazamiento de la prueba desde el extranjero para su práctica ante órgano judicial que conoce del asunto, y la consistente en la solicitud de obtención de pruebas formulada directamente por los interesados a los órganos judiciales extranjeros— presentan muchas limitaciones y generan demasiadas incógnitas en relación con su viabilidad y eficacia. Precisamente, ante la constatación de tales limitaciones y deficiencias, cabría pensar que un instrumento comunitario como el Reglamento podría haber favorecido y potenciado el empleo de esas fórmulas alternativas de obtención de pruebas entre los Estados miembros; por ejemplo, invitando a que éstos realizasen declaraciones acerca de la tolerancia o grado de aceptación hacia el empleo de dichas fórmulas en sus territorios.

Asimismo, la constatación de que la cooperación judicial representa en muchos casos el único mecanismo de obtención transfronteriza de pruebas, sugiere que la remisión contenida en el artículo 1.1 de Reglamento a favor de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para que, en virtud de lo dispuesto en éstos, se determinen sus presupuestos de aplicación podría ser superflua, pues previsiblemente el Reglamento será aplicado por los 24 Estados miembros de la Unión en todo caso, es decir, siempre que estemos ante el supuesto de hecho necesario a que la prueba se encuentre en el extranjero<sup>77</sup> y obviamente, no sea posible su desplazamiento voluntario.

---

<sup>77</sup> Sirva como ejemplo el caso del Reino Unido, al respecto de la aplicación del Reglamento. *Vid. Rule 7.1 Practice Direction Supplements CPR Part 34*): «Where evidence is to be taken (a) from a person in another Member State of the European Union for use as evidence in proceedings before courts in England and Wales; or (b) from a person in England and Wales from use as evidence in proceedings before a court in another Member State».

También el hecho de que el Reglamento sea, al fin y al cabo, un instrumento clásico de cooperación judicial internacional, explica que no proponga ninguna definición del término *prueba* ni de lo que deba entenderse por *diligencia de obtención de pruebas*. A este respecto, hubiera sido deseable la elaboración de un listado relativo a aquellas pruebas —o más propiamente, elementos o fuentes de pruebas— cuya obtención puede solicitarse al amparo del Reglamento por los organismos jurisdiccionales de la Unión. Como se ha visto, las dificultades que pudiera llevar aparejada la elaboración de dicho listado no parecen ser insuperables ya que, en términos generales, cabe hablar de una noción de «prueba» común, y de un consenso comunitario en relación con los medios de prueba que los litigantes pueden hacer valer. En este sentido, la reforma que ha experimentado el sistema procesal inglés, y que le acerca a los sistemas continentales, contribuye a que desaparezcan o al menos se suavicen diferencias que hace unas décadas parecerían irreconciliables. Una muestra de ello es lo sucedido con el fenómeno de la «discovery». No obstante, es cierto que todavía existen algunas figuras de dudosa calificación. Un claro ejemplo son las medidas de aseguramiento de pruebas. En relación con éstas hemos visto como, pese a no responder desde un punto de vista teórico a la noción de *medidas cautelares o provisionales*, en algunos países se equiparan a éstas, y por consiguiente, se aboga por que pueda solicitarse su obtención al amparo del Reglamento (CE) n.º 44/2001. Ésta parece ser también la tesis adoptada por el TJCE en la actualidad. No obstante, cabría suponer que dicha postura es temporal, y que únicamente responde a la carencia de un instrumento comunitario idóneo que ampare la adopción de dichas medidas en el ámbito de la Unión; y es que las medidas de aseguramiento de pruebas ni son medidas cautelares, y por tanto no es posible su adopción al amparo del artículo 31 del Reglamento (CE) n.º 44/2001, ni son pruebas, y por consiguiente, también quedarían excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1206/2001. Dicha suposición viene precedida y avalada por la misma actuación comunitaria en relación con la cooperación de los órganos judiciales de la Unión en materia penal. Nos referimos, en especial, a la *Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas*<sup>78</sup>, cuyo objeto, entre otros, es, precisamente, las medidas de aseguramiento de pruebas, como

<sup>78</sup> Vid. [[http://cde.ugr.es/Legislacion/dat/2003/1\\_196/1\\_19620030802es00450055.pdf](http://cde.ugr.es/Legislacion/dat/2003/1_196/1_19620030802es00450055.pdf)]. (DOCE L 196/45).

figura independiente y distinta de las pruebas y de las medidas cautelares.

Asimismo, la previsión en virtud de la cual se proscribe la aplicación del Reglamento cuando las pruebas cuya obtención soliciten los órganos jurisdiccionales no vayan a ser empleadas en relación con procedimientos *judiciales*, se explicaría, en última instancia, por el temor a que se haga un uso inadecuado o fraudulento de la cooperación judicial internacional, la cual, como es sabido, tiene su fundamento y justificación en la adecuada aplicación y defensa del principio de tutela judicial efectiva. En este sentido, la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento sugiere que el legislador comunitario es partidario de una interpretación restrictiva del citado principio, contraria a la tendencia actual de posibilitar la aplicación de los instrumentos de cooperación judicial internacional existentes en materia de obtención de pruebas en el extranjero también para los procedimientos no judiciales, en especial, los arbitrajes.

Las conclusiones expuestas hasta este momento exigen de una revisión en el contexto comunitario. Y es que, el hecho de que la cooperación judicial represente el único medio para la obtención transfronteriza de pruebas parece incuestionable en un marco mundial, pero no lo es tanto en el ámbito comunitario. O al menos, no lo es que la lectura que deba hacerse del fenómeno de la cooperación judicial sea la tradicional. Como es sabido, en el seno de la Unión europea el principio de reconocimiento mutuo está llamado a ser la piedra angular de la cooperación judicial tanto en materia civil como penal. Dicho principio debe aplicarse también a las resoluciones previas a la fase de formación de la sentencia, como es la fase probatoria. Y ello invita a pensar que el Reglamento comunitario sobre obtención de pruebas constituye en realidad un instrumento transitorio, aunque todavía fuertemente arraigado en la creencia de que la cooperación judicial internacional debe ser tratada como un fenómeno independiente al de la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales.

En este sentido, en materia penal, el legislador comunitario parece haber avanzado más rápido<sup>79</sup>. Así, en relación con la cuestión relativa al empleo o utilidad a la que pueden servir las pruebas que

---

<sup>79</sup> Tradicionalmente la cooperación judicial internacional en materia penal ha generado más interés que cualquier otra, incluyendo la civil. De ahí que BORRÁS califique a ésta de *pariente pobre de la cooperación judicial*. Vid. BORRÁS, A. «La cooperación judicial en materia civil en el Tratado de Maastrich», en AA VV, Madrid, 1995, págs. 385 a 397.

hayan sido obtenidas en otro Estado a través del mecanismo de la cooperación judicial, el Segundo Protocolo adicional de la Convención del Consejo de Europa sobre asistencia judicial recíproca en cuestiones penales, prevé que los Estados miembros elaboren una lista de usos que puedan hacerse de tales pruebas, sin necesidad de obtener el consentimiento de Estado requirente en cada caso. Entre dichos usos se incluyen los relativos a otros procedimientos de naturaleza no judicial, como los procedimientos administrativos y los arbitrales<sup>80</sup>. Muy ilustrativo también de los avances comunitarios en relación con la obtención de pruebas en el extranjero en el ámbito penal, es la Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al exhorto judicial europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, de 14 de noviembre de 2003<sup>81</sup>, la cual se anuncia como «*el primer paso hacia un único instrumento de reconocimiento mutuo que en su momento sustituirá al actual régimen de asistencia judicial*». Asimismo, se prevén los pasos ulteriores que habrían de dar para la consecución de ese instrumento único<sup>82</sup>. Parece, por tanto, que la materia penal será, como es habitual<sup>83</sup>, la primera en experimentar las mejoras (y eventualmente, también los defectos y problemas)

<sup>80</sup> Vid. «Council Act of 16 October 2001 establishing, in accordance with Article 34 of the Treaty on European Union, the Protocol to the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union» [C 326, 21.11.2001].

<sup>81</sup> Vid. Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos, y datos destinados a procedimientos en materia penal, de 14 de noviembre de 2003. Expediente interinstitucional. [[http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/pdf/2003/com2003\\_0688es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/pdf/2003/com2003_0688es01.pdf).]

<sup>82</sup> «La próxima etapa sería prever el reconocimiento mutuo de resoluciones para la obtención de otros tipos de pruebas. Éstas pueden dividirse en dos categorías. Primero, aquellas que no existen todavía pero que están directamente disponibles. Esto incluye la obtención de pruebas mediante declaraciones de sospechosos testigos o expertos, y a través de la intervención de llamadas telefónicas o control de transacciones bancarias. En segundo lugar, hay los elementos de prueba que, aunque existan, no están directamente disponibles sin una investigación o análisis. Esto incluye tomar pruebas del cuerpo de una persona (...). En una etapa final estos actos separados podrían reunirse en un solo instrumento consolidado que incluirá una parte general con las disposiciones aplicables a toda la cooperación».

<sup>83</sup> A este respecto, vid. BORRÁS, A. «Hacia la supresión del *exequatur* en Europa. Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas». *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV-2001, Madrid, 2001, pág. 47. «Si se examina la atención que a la cooperación penal se presta, se observará claramente que la cooperación civil no es objeto de la misma atención y ello se debe tanto a que políticamente resulta más lucida como a que es más fácil que alcance a la prensa. No obstante, debe tenerse en cuenta que en la vida cotidiana del ciudadano europeo es más trascendente la cooperación civil y de ahí la necesidad de avanzar con paso seguro por este camino».

que llevará aparejada la nueva manera comunitaria de entender el fenómeno de la cooperación judicial<sup>84</sup>. Quizá ello contribuya a que los pasos que sin duda también se darán en el ámbito civil y mercantil, sean más firmes<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> En relación con las diferencias entre la cooperación judicial internacional en materia penal y civil, ARENAS GARCÍA apunta «(...) si limitamos el análisis a los supuestos de notificación de actos judiciales y realización de actos de instrucción, las diferencias entre la cooperación judicial civil y penal se difuminan (...)». Vid. ARENAS GARCÍA, *op. cit.*, pág. 110.

<sup>85</sup> Caben, sin embargo, previsiones más pesimistas a este respecto. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia Consolidado por la Constitución Europea», *Diario La Ley*, n.º. 6097, pág. 9. «No deja de ser significativa la ausencia de una referencia expresa a la unificación del Derecho privado, limitándose el constituyente comunitario a incluir la materia dentro de la declaración genérica consistente en que la cooperación *«judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza (...) podrán incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros»* (art. III-170.1.º). La lectura de estas disposiciones pone de relieve que el texto está presidido por las soluciones clásicas de Derecho internacional privado y no por soluciones armonizadoras más acomodadas a las acciones comunitarias que vienen desarrollándose en los últimos tiempos, y por todo un debate doctrinal que incide en el carácter esencialmente instrumental del Derecho privado, en tanto que mecanismo que coadyuva al proceso de unificación económico e incluso político».