

# Normas de bloqueo y obtención transfronteriza de prueba<sup>1</sup>

## Blocking statutes and cross-border taking of evidence

PABLO MUYO BUSSAC  
*Profesor ayudante doctor*  
*Universidad Complutense de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0001-5295-3071

Recibido:09.05.2025 / Aceptado:18.06.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9892

**Resumen:** Este trabajo estudia ponderadamente si es *legítimo* (y si lo es con qué *límites*) que las partes de un litigio o el tribunal que conoce del mismo puedan emplear unilateralmente y con efectos extraterritoriales instrumentos de obtención de información preparatoria o probatoria distintos de los previstos en los instrumentos de cooperación jurídica en materia de obtención de prueba, cuando la información o su soporte se encuentren o deban elaborarse en el extranjero. Para ello valora críticamente y pone en contraste las razones que legitiman la obtención unilateral y extraterritorial de fuentes de información en el extranjero y las normas de bloqueo, normas destinadas a impedir tal forma de proceder.

**Palabras claves:** Soberanía, obtención transfronteriza de prueba, proceso civil, normas de bloqueo, extraterritorialidad.

**Abstract:** This paper makes a balanced study of whether it is legitimate (and if so, within what limits) for the parties to a dispute or the court hearing the case to be able to use unilaterally and with extraterritorial effect instruments for obtaining evidence other than those provided for in the instruments of legal cooperation on the gathering of evidence, when the information or its support is or has to be produced abroad. In doing so, it critically assesses and contrasts the reasons that legitimise the unilateral and extraterritorial gathering of information sources abroad with the blocking statutes, which are designed to prevent such a course of action.

**Keywords:** Sovereignty, cross-border taking of evidence, civil procedure, blocking statutes, extraterritoriality.

**Sumario:** I. Las fricciones y conflictos en la obtención transfronteriza de información preparatoria o probatoria: 1. Exposición del problema; 2. Nuevas dimensiones del problema en la era digital; 3. Estructura del trabajo. II. La legitimidad de la obtención transfronteriza unilateral de información preparatoria o probatoria: 1. La extranjería de la información: una situación *fáctica* y generalmente contingente; 2. Límites generales impuestos por la concepción de la soberanía desde los principios *Lotus* y el derecho internacional público; 3. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco del espacio europeo de justicia y la no exclusividad de los instrumentos del Reglamento de prueba; 4. Los modos de obtención unilateral de información preparatoria o probatoria legítimos: A) En abstracto; B) En concreto: dos ejemplos a través de la prueba testifical y la exhibición de documentos por la contraparte en un proceso seguido en España. 5. Las desventajas de la unilateralidad. III. Las normas de bloqueo: una concepción distinta de los límites impuestos

---

<sup>1</sup> Este trabajo constituye un resultado de mi participación como investigador en el proyecto de investigación titulado «Eficiencia y acceso a la justicia civil en tiempos de austeridad» con referencia PID2021-122647NB-I00. Igualmente, este artículo se ha llevado a cabo durante mi estancia de investigación en el Institut für Zivilverfahrensrecht de la Universidad de Viena, realizada gracias a la ayuda económica de la Fundación Manuel Serra Domínguez otorgada en el marco de las ayudas para la realización de proyectos de libre elección de la X convocatoria de ayudas de la Fundación.

por la soberanía en la obtención transfronteriza de información: 1. Concepto, finalidad y naturaleza jurídica; 2. Exposición de las normas de bloqueo francesa, inglesa y suiza: A) La *loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*; B) Artículos 2 y 3 de la *U.K. Protection of Trading Interests Acts 1980*; C) El artículo 271 del Código Penal suizo. 3. Fundamentos de las normas de bloqueo; 4. “Torcer el brazo” de los tribunales extranjeros “poniendo entre la espada y la pared” a la parte o al tercero; 5. Consideraciones críticas sobre las normas de bloqueo. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. Las fricciones y conflictos en la obtención transfronteriza de información preparatoria o probatoria

### 1. Exposición del problema

1. ¿Pueden las partes de un litigio que verse sobre materia de derecho privado o el tribunal que conozca del mismo acceder a, obtener o producir información preparatoria o probatoria situada en el extranjero sin recurrir a los mecanismos de cooperación jurídica internacional institucionales, y ello sin vulnerar la soberanía del Estado en el que se encuentre o deba producirse esa información? Esta pregunta general vertebrará el conjunto del estudio que el lector encontrará a continuación. Diseccionemos brevemente la pregunta para aclarar tres extremos del enfoque que se pretende dar a la cuestión.

En primer lugar, este trabajo se abordará exclusivamente desde la perspectiva de los procesos contenciosos seguidos ante los tribunales de justicia estatales, excluyendo del análisis los procesos arbitrales o los procedimientos autocompositivos, como la mediación. Los problemas enunciados se acentúan cuando el sujeto llamado a resolver el conflicto jurídico es una autoridad que actúa aplicando normas procesales, es decir, normas de derecho público. De igual modo, excluirémos del análisis la obtención transfronteriza de pruebas en materia penal, que se rige por consideraciones y postulados diferentes.<sup>2</sup>

En segundo lugar, es preciso anunciar y justificar que no se empleará la locución habitualmente utilizada de *obtención de pruebas en el extranjero*, aun cuando se mantenga en el título del trabajo por razones convencionales. Se hará uso de una expresión más amplia: la *obtención de información preparatoria o probatoria*. La prueba es aquella actividad desplegada en un proceso destinada a convencer o persuadir al tribunal que conoce del litigio de la certeza positiva o negativa de un hecho controvertido.<sup>3</sup> Dentro de la categoría más general de prueba, se debe distinguir también entre la fuente y el medio de prueba: la primera hace referencia al elemento personal o material, es decir, al soporte sobre el que se desplegará una concreta actividad destinada a producir información para ilustrar al tribunal de la certeza de un hecho. En cambio, el medio de prueba hace referencia a la concreta actividad procesal proyectada sobre una fuente de prueba para generar esa información.<sup>4</sup> Ahora bien, la información que puede contener un elemento personal o material y la actividad que puede tener que desplegarse no siempre tienen finalidad probatoria, sino que los litigantes también necesitan acceder a la información para preparar, es decir, para definir, completar o aclarar sus alegaciones fácticas (y, por tanto, también jurídicas) a fin de sustanciar su pretensión o para preparar su estrategia probatoria, es decir, descubrir la existencia y el contenido de fuentes de prueba que puedan ser utilizadas para desplegar sobre ellas una actividad probatoria concreta.<sup>5</sup> En este sentido, se usará la locución propuesta porque se hace mejor cargo de las

<sup>2</sup> Véase, M. REQUEJO ISIDRO, “Do We Need Harmonisation to Achieve Harmonious Cooperation?”, en B. HESS/ X.E. KRAMER (Eds.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 77-118. Para una aproximación general a la obtención transfronteriza de pruebas en el proceso penal, véase, C. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

<sup>3</sup> F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal civil: materiales para el estudio*, 7ª ed., Docta UCM, Madrid, 2025, pp. 296-297.

<sup>4</sup> F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal civil: materiales para el estudio*, 7ª ed., Docta UCM, Madrid, 2025, p. 297.

<sup>5</sup> Nuestro ordenamiento procesal contiene actividades preparatorias de ambos tipos: las diligencias preliminares (para preparar la demanda) y las medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos que versen sobre acciones de daños derivadas del derecho de la competencia o litigios relativos a la protección de los secretos empresariales (para descubrir fuentes de prueba sobre las que desplegar posteriormente una actividad probatoria). Véanse al respecto, J. BANACLOCHE PALAO, *Las*

prácticas que han generado fricciones y conflictos en esta materia, notablemente del *discovery* americano, cuya función es eminentemente preparatoria en un sistema de *notice-pleading*.<sup>6</sup>

Por último, es preciso definir qué se entiende por mecanismos de cooperación jurídica internacional institucionales en esta materia<sup>7</sup>: estos mecanismos son aquellos que vienen expresamente diseñados (i) en normas de derecho convencional, como el Convenio de la Haya de 1970 de obtención de pruebas o los tratados bilaterales celebrados entre Estados<sup>8</sup>, (ii) en normas de derecho de la Unión Europea como el Reglamento 2020/1783 de obtención de pruebas<sup>9</sup> o (iii) en normas de derecho autónomo, como nuestra Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que sean aplicables a las relaciones entre los Estados involucrados.<sup>10</sup> Estos mecanismos pueden ser de lo más variado: se pueden vertebrar, empleando la nomenclatura de VILLAMARÍN LÓPEZ, en un sistema de *auxilio activo*, es decir, uno “en que el tribunal requerido ejecuta directamente la solicitud de obtención de pruebas, aplicando su propio ordenamiento procesal” o de *auxilio pasivo* “cuando el Estado requerido consiente que un órgano designado por el Estado requirente pueda practicar directamente la diligencia de obtención de prueba en el territorio del Estado requerido”.<sup>11</sup> En primer lugar, el tribunal puede requerir la cooperación de las autoridades del país en el que se halla la fuente de información para que sean éstas las que practiquen con todo su *imperium* la diligencia solicitada y puedan comunicar los resultados

---

*diligencias preliminares*, Civitas, Madrid, 2003; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, pp. 139-146; G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, “La investigación en el proceso civil: hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 1, pp. 258-333; G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, “Facilitaciones probatorias y acceso a las fuentes de prueba en el proceso civil”, en J.M., ASENCIO MELLADO/ A. ROSELL CORBELLE (COORDS.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimén Sendra. Liber amicorum*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 1481-1496.

<sup>6</sup> Un sistema de *notice-pleading* es aquel en el que el acto que inicia la instancia no debe sustanciar de forma definida ni definitiva la acción que se ejercita ante los tribunales. Al contrario, bastaría con una afirmación de la acción corta y sencilla, sin necesidad de alegar un conjunto definido y cerrado de hechos que sirvan de causa de pedir de la misma. Este sistema es el propio de las normas federales de proceso civil norteamericanas (véase la *Rule 8* de las *Federal Rules of Civil Procedure*). En opinión de DODSON, “America has the most lax pleading system in the world”. S. DODSON, “Comparative convergences in pleading standards”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, núm. 2, 2010.

Como pone de relieve Marco GRADI: “the exceptional amplitude of discovery in the United States depends principally on the fact that the initial pleading must contain only a short and plain statement of the claim (the so-called system of *notice pleading*). Therefore, the factual contentious of the case, potentially undetermined at the initial stage of the process can be presented and developed during the pre-trial phase through discovery measures that also allow “fishing expeditions”. M. GRADI, “The right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective”, en L. CADIEU/B. HESS/M. REQUEJO ISIDRO (DIRS.), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Nomos, Baden-Baden, 2015, p. 105.

Esta clase de sistema sería opuesto al de *fact-pleading*, en el que la acción ejercitada debe encontrarse definida lo máximo posible desde un inicio. El sistema español es quizás uno de los más estrictos en este sentido, en atención a las reglas relativas al contenido de la demanda, la preclusión de alegaciones de hecho y de derecho del artículo 400 LEC y la prohibición de *mutatio libelli*.

<sup>7</sup> Para una reseña omnicompreensiva de los mecanismos institucionales en España véase S. PRATS JANÉ, *La cooperación jurídica internacional en el ámbito civil y mercantil en España: notificaciones, obtención y práctica de pruebas*, J.M. Bosch, Barcelona, 2022.

<sup>8</sup> Véase M.J. ELVIRA BENAYAS, *La obtención de pruebas en el extranjero: estudio sobre el Convenio de la Haya de 1970 y su aplicación en el ordenamiento español*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997.

<sup>9</sup> Véanse, entre otros, M.E. LARO GONZÁLEZ, “La obtención transfronteriza de pruebas en materia civil y mercantil: a propósito del reglamento (UE) 2020/1783”, en M.I. ROMERO PRADAS (DIR.), *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/20001, de 28 de mayo*, Colex, Madrid, 2005 y C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.

<sup>10</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016 pp. 234-259; en particular, pp. 246-247; G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La obtención de pruebas en el extranjero en la nueva Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 16, 2016.

<sup>11</sup> M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/20001, de 28 de mayo*, Madrid, Colex, 2005, p. 23.

posteriormente a las autoridades requirentes. Este requerimiento puede efectuarse por la vía de comisiones rogatorias a autoridades centrales<sup>12</sup> o mediante sistemas de cooperación directa entre tribunales de distintos Estados, en función de la base normativa que sirva de fuente. Ésta es la forma tradicional de cooperación jurídica internacional en materia de obtención de pruebas en el extranjero. Ahora bien, ciertos mecanismos institucionales también contemplan la posibilidad de que el tribunal acuerde, si existe una norma que le habilita para ello y con las condiciones en ella impuestas, trasladarse directamente al territorio del otro Estado para practicar el acto procesal acordado<sup>13</sup>, solicitar que un funcionario diplomático o consular lleve a cabo el acto probatorio<sup>14</sup> o acordar que un comisario u otra clase de sujeto delegado lo efectúe, o que incluso lo haga un perito, que no tiene por qué ser visto como un delegado del tribunal.<sup>15</sup> Las autoridades del Estado o un sujeto bajo su dirección o su autorización se trasladan directamente al de otro para llevar a buen término la diligencia acordada. Esta posibilidad, no obstante, encuentra un límite importante: no podrán emplear ningún medio de coerción directo para llevar a cabo la diligencia, debiendo contar con la participación voluntaria del sujeto que deba intervenir en el acto.<sup>16</sup> La existencia de un sistema de auxilio pasivo dependerá, claro está, del grado de confianza mutua entre los Estados involucrados o de proyectos políticos más amplios, como sucede en el caso de las normas europeas, que tienden a construir un espacio de justicia integrado en el que las barreras soberanas entre Estados sean las menores posibles.<sup>17</sup>

2. Por tanto, en este artículo se pretende discutir ponderadamente si es *legítimo* (y si lo es con qué *límites*) que las partes de un litigio o el tribunal que conoce del mismo puedan emplear unilateralmente y con efectos extraterritoriales otros instrumentos de obtención de información preparatoria o probatoria, cuando la información o su soporte se encuentren o deban elaborarse en el extranjero, siempre que esos instrumentos estén previstos en el ordenamiento procesal del foro y se consideren más eficaces que los institucionales.

3. La pregunta que guía este trabajo no es nueva: la discusión se abrió en canal en 1987 con motivo de la sentencia de la U.S. Supreme Court en el asunto *Aerospatiale*<sup>18</sup>, en la que se consideró que no era obligatorio recurrir a los mecanismos de cooperación internacional diseñados en el Convenio de la Haya para la práctica de las actuaciones propias de un *discovery*; se sostuvo, en otros términos, que el Convenio de La Haya no era un instrumento que suprimiese y sustituyese los procedimientos nacionales que pudiesen conducir al mismo fin. Esta decisión generó una fuerte controversia<sup>19</sup>, que todavía hoy no

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Comisiones rogatorias y obtención de pruebas en el extranjero”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1905, 2001, pp. 3635-3666.

<sup>13</sup> Véase art. 19 Reglamento (UE) 2020/1783 de obtención de pruebas.

<sup>14</sup> Véanse, como ejemplos, el art. 21 Reglamento (UE) 2020/1783 de obtención de pruebas o los arts. 15 ss. del Convenio de la Haya de 1970.

<sup>15</sup> Véanse, los arts. 17 del Convenio de la Haya de 1970 y 19.3 del Reglamento Europeo. Sobre los peritos merece la pena constatar que, en España, el perito, al menos en los procesos declarativos ordinarios, no tiene nunca la naturaleza de auxiliar del tribunal, aunque haya sido de designación judicial. Esto contrasta con la visión del perito del ordenamiento procesal francés: al respecto véanse los artículos 232 ss. del *Code de procédure civile*. Esta cuestión reviste una especial importancia en el asunto que nos ocupa en este trabajo, pues como señala HESS: “Here, an unresolved issue relates to the activities of court-appointed experts on foreign soil. Some authors argue that these activities are permitted as long as the expert acts without exercising any coercion and as a “private person”. Others stress that the expert is acting as an agent of the court, under the court’s authority, and that the expert’s activities relate to the foreign court’s taking of evidence”. B. HESS, *The Private-Public Law Divide in International Dispute Resolution*, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, Brill, Nijhoff, 2018, pp. 75-76.

<sup>16</sup> B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, De Gruyter, Berlín, 2021, p. 629.

<sup>17</sup> B. HESS, “Le droit international privé européen en temps de crise”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, núm. 23, 2019, p. 332. De hecho, la solución europea de permitir la actuación de un tribunal en suelo extranjero ha sido considerada como una revolución en esta materia al permitir proceder según un procedimiento uniforme, lo que muestra el carácter altamente innovador y excepcional de esta técnica. Al respecto, véase, N. GEORGAKOUDI, *Les compétences exclusives en matière civile et commerciale: étude de droit international privé*, Tesis doctoral, Paris I, 2021, p. 497.

<sup>18</sup> *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. District Court*, 482 U.S. 522 (1987).

<sup>19</sup> Una reseña completa de las distintas posiciones y sus razones puede encontrarse en M.J. ELVIRA BENAYAS, *La obtención de pruebas en el extranjero: estudio sobre el Convenio de la Haya de 1970 y su aplicación en el ordenamiento español*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, pp. 130-166. Esta autora apuesta por entender que resulta conveniente

puede considerarse resuelta.<sup>20</sup> Bien es cierto que la discusión en el marco del Derecho de la Unión Europea en relación con la obtención de pruebas en el espacio europeo de justicia parece superada con la resolución de tres cuestiones prejudiciales por parte del TJUE en los asuntos *Lippens*<sup>21</sup>, *ProRail*<sup>22</sup> y *VP*<sup>23</sup>. En todos estos casos el TJUE adoptó una postura claramente alineada con los argumentos que en su día dio el U.S. Supreme Court a favor del carácter no exclusivo/excluyente de los instrumentos dispuestos en el Reglamento de obtención pruebas.<sup>24</sup>

4. Pero frente a estas posiciones (al menos fuera del marco propio del derecho de la Unión Europea), varios Estados han mostrado su rechazo con herramientas que exceden la mera queja desde los canales diplomáticos habituales: estas herramientas han sido las llamadas normas de bloqueo, *blocking statute* o normas de *aiguillage* (“encuadramiento” o “encarrilamiento” en francés). Las normas de bloqueo tampoco son ninguna novedad, sino que se han desarrollado principalmente desde los años 60 del siglo XX, notablemente frente a la actividad extraterritorial del legislador y de los tribunales norteamericanos.<sup>25</sup> No obstante, si globalmente su éxito ha sido muy limitado o nulo<sup>26</sup>, ha surgido la voluntad de actualizarlas y darles una segunda vida: nuestro país vecino, Francia, es un ejemplo notable de esto último. El epítome de esta preocupación es el dictamen redactado en 2019 por el diputado Raphaël GAUVAIN.<sup>27</sup> En él se traslucen con desasosiego las siguientes preguntas: ¿cuántos documentos, datos o informaciones han cruzado sus fronteras como consecuencia del requerimiento de una autoridad judicial extranjera, notablemente la estadounidense, sin que sus autoridades tuviesen ningún conocimiento al respecto? ¿Cuántos de ellos, al hacerlo, podían contener información sensible para los intereses soberanos o económicos de su país? ¿Son Francia y el resto de los Estados miembros de la Unión Europea (y, por tanto, nosotros mismos) vulnerables frente a la aplicación extraterritorial y unilateral del derecho procesal de terceros estados y, en particular, de las normas de acceso a información y fuentes de prueba? ¿Existen terceros Estados que están violentando la integridad de nuestra soberanía de forma invisible por la vía de evitar los mecanismos de cooperación jurídica ordinarios? Entre las múltiples propuestas

---

aplicar con carácter prioritario este instrumento. La propia Oficina Permanente de la HCCH ha adoptado una posición que pretende ser conciliadora: los instrumentos ofrecidos por el Convenio de la Haya sobre obtención de prueba deben considerarse, al menos, un recurso prioritario, sin tomar una posición clara acerca de si debía considerarse obligatorio o no, en atención a que hay Estados que consideran que no acudir a los instrumentos del Convenio supone una vulneración de su soberanía. HCCH, *Le caractère obligatoire ou non de la convention preuves établie par le Bureau Permanent*, Doc. Prél. No. 10, 2008, § 47: “Le principe du “recours prioritaire” repose sur la constatation que la Convention a été créée en raison du fait que de nombreux États parties estiment que l’obtention de preuves par d’autres moyens constitue une violation de leur souveraineté”.

<sup>20</sup> B. HESS, *The Private-Public Law Divide in International Dispute Resolution*, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, Brill, Nijhoff, 2018, p. 75: “In this area of law, it is unsettled whether the cross-border gathering of information for court proceedings is only permitted in the framework of international instruments on judicial co-operation or whether “informal” ways of collecting information abroad are equally permitted”. Véase también R. GEIMER/ E. GEIMER/ G. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 9ªed., Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2024, p. 999.

<sup>21</sup> STJUE (Sala Primera) de 6 de septiembre de 2012, *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros* (C-170/11).

<sup>22</sup> STJUE (Sala Primera) de 21 de febrero de 2013, *ProRail BV contra Xpedys NV y otros* (C-332/11).

<sup>23</sup> AJUE (Sección décima) de 8 de septiembre de 2022, *VP contra KS* (C-188/22).

<sup>24</sup> Véanse las interesantes consideraciones efectuadas en M.J. ELVIRA BENAYAS, “Tratamiento de la aplicación facultativa del Reglamento 1206/2001 sobre obtención de prueba en la UE”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 538-547 y en I. BACH, “Zivilverfahrensrecht: Kein obligatorischer Charakter der EuBeweisVO bei grenzüberschreitendem Einsatz eines Sachverständigen”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, pp. 315-316.

<sup>25</sup> N. LENOIR, “Le droit de la preuve à l’heure de l’extraterritorialité”, *rfda*, mayo-junio 2014, pp. 487 y 488.

<sup>26</sup> Véase un análisis de las causas del fracaso con respecto a la actividad de los tribunales norteamericanos en M.J. HODA, “The Aérospatiale Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It”, *California Law Review*, vol. 106, núm. 1, 2018. También puede consultarse N. LENOIR, “Le droit de la preuve à l’heure de l’extraterritorialité”, *rfda*, mayo-junio 2014, pp. 493 ss.; D. VENTURA, “Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions”, en C. BEAUCILLON, *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2011, pp. 222-223; y M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, pp. 212-213.

<sup>27</sup> R. GAUVAIN/ C. D’URSO/ A. DAMAIS/ S. JEMAI, *Rétablir la souveraineté de la France et de l’Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Assemblée Nationale, París, 2019.

del informe para “proteger” la soberanía de la república francesa frente a esas amenazas se encuentra la de actualizar, modernizar y reforzar ciertos aspectos de la *loi n°68-678 du 26 juillet 1968*, es decir, la llamada legislación de bloqueo o de *aiguillage*.

5. Por tanto, desde hace ya décadas, se pueden identificar dos posiciones claramente diferenciadas respecto de la pregunta inicial: una que entiende que la obtención transfronteriza de información preparatoria o probatoria para su adquisición procesal no tiene por qué comprometer necesariamente la soberanía del Estado en el que se halla el soporte que contiene la información y otra que, por el contrario, entiende que sí constituye una intromisión extraterritorial ilegítima en los asuntos internos de otro Estado, lo que obligaría a acudir *necesariamente* a los mecanismos de cooperación jurídica internacionales. En una suerte de equilibrio entre ambas posturas se manejan las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil adoptadas por el *European Law Institute* y *UNIDROIT* en 2020 en sus artículos 128 y 129<sup>28</sup>; mientras que para la obtención de pruebas en el extranjero por autoridades judiciales de Estados miembro de la UE en el espacio europeo de justicia, este instrumento de *soft law* opta por entender que la *best practice* corresponde con la postura adoptada por el TJUE (es decir, la posibilidad de acudir tanto a lo dispuesto en el Reglamento de obtención de pruebas, como a la obtención unilateral)<sup>29</sup>, en el caso de la obtención de pruebas situadas en terceros Estados considera como preferible, como mínimo, que se acuda a los mecanismos institucionales.<sup>30</sup>

## 2. Nuevas dimensiones del problema en la era digital

6. Pero ¿hasta qué punto los términos de este debate están demasiado condicionados por una concepción de la prueba y de su circulación transfronteriza demasiado analógica? O más bien, ¿hasta qué punto la era digital no obliga a reconsiderar desde nuevos ángulos la cuestión? En el siglo XXI la desterritorialización de gran parte de los fenómenos sociales y la volatilización fáctica de muchos de los límites que, aun ideológicamente, siguen constituyendo nuestra forma de regularlos es innegable: la digitalización del tráfico jurídico y la mayor interconectividad en los desplazamientos globales han supuesto un vuelco en la forma en la que la información y los soportes que la contienen (personales o materiales, físicos o digitales) se desplazan de un lugar a otro. Las fronteras políticas entre Estados ya no son un obstáculo fáctico tan sólido como antaño para la circulación de información.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Las RMEPC son una creación de naturaleza académica que ofrecen una visión sistematizada y organizada del *mejor proceso civil imaginable* e implantable por los distintos legisladores nacionales para enfrentar posibles reformas del sistema de proceso civil, como por el legislador europeo en su misión armonizadora. Para una presentación general de qué son las Reglas Modelo, véase F. GASCÓN INCHAUSTI, “Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 277-297. Para un comentario más exhaustivo de los artículos 128 y 129 véase A. STADLER/ M. STRANDBERG, “(Rules 87-110, 128-129) General and Procedural Issues”, en A. STADLER/ V. SMITH/ F. GASCÓN INCHAUSTI (EDS.), *European Rules of Civil Procedure: a Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2023, pp. 303-306.

<sup>29</sup> Regla 128. Obtención de pruebas dentro de la Unión Europea: “1. Si hubiera de practicarse prueba o accederse a fuentes de prueba en otro Estado miembro de la Unión Europea, podrán el tribunal y las partes remitirse a lo dispuesto en el Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001 (...). 2. Sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (...): a) el tribunal podrá citar directamente a testigos que residan en otro Estado miembro; b) el tribunal podrá designar a peritos para que emitan dictamen cuya elaboración requiera el examen de personas o lugares o la realización de cualesquiera otras actividades en otro Estado miembro; c) si la parte o tercero a quien se dirija una orden de acceso a fuentes de prueba reside o está domiciliado en el Estado del foro, tendrá el deber de aportar los documentos y las pruebas requeridas aun cuando estos se encuentren en otro Estado miembro; d) el tribunal podrá dirigir órdenes de acceso a fuentes de prueba a posibles partes y tercero domiciliados en otro Estado miembro.”

<sup>30</sup> Regla 129: Fuera de la Unión Europea: “Si hubieran de obtenerse pruebas fuera de la Unión Europea, o si la parte o tercero a quien se dirija una orden de acceso a fuentes de prueba careciera de domicilio o residencia habitual en la Unión Europea, podrán el tribunal y las partes remitirse a lo dispuesto en 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, o a cualesquiera otros convenios internacionales que resulten de aplicación.”

<sup>31</sup> Aunque lo pueden seguir siendo, sobre todo respecto a la libre circulación de personas. La imposibilidad de obtener un visado para viajar al territorio de un foro, por ejemplo, puede seguir siendo una limitación real. Véase el interesante supuesto

Esta porosidad se manifiesta en múltiples facetas de la vida contemporánea, incluyendo la que nos interesa aquí: la litigación civil y mercantil ante los tribunales de justicia. Al igual que lo hacen las personas, miles de documentos y de soportes digitales de información circulan y viajan internacionalmente constantemente para “comparecer” ante los tribunales al margen de cualquier solicitud de cooperación judicial de obtención de pruebas, simplemente porque los aporta quien los tiene en su poder o bajo su esfera de control: los Estados no son capaces de controlar *de facto* todo ese circuito subterráneo de movimientos en su territorio en dirección a los tribunales de un país extranjero —ni, realmente, tienen por qué hacerlo, pues se trata de flujos de información vinculada a la resolución de controversias entre particulares.

7. En particular, las mutaciones en materia probatoria (en sentido amplio) en todos los sistemas procesales producidas por la “revolución digital” son algo constatado y en marcha.<sup>32</sup> Ya no se trata de que la información que históricamente se plasmaba en un soporte físico (un documento en sentido estricto, una fotografía, un mapa, un croquis) pueda ser digitalizada por procedimientos técnicos al alcance de cualquiera, sino que hoy en día se genera esa información de forma digital desde su nacimiento en proporciones cada vez mayores. Y su carácter digital o digitalizable facilita inmensamente su transmisión y circulación (sin perjuicio de las habituales preocupaciones por su autenticidad e integridad).

Pero incluso al margen de las fuentes de prueba en soporte digital, también se puede producir información por canales enteramente digitales: la práctica de la prueba personal es el ejemplo más notable a través de la videoconferencia. La parte, el testigo o el perito que hayan de declarar en un proceso o en el marco de una diligencia preparatoria ya no han de estar necesariamente en la sede física del tribunal para que se entienda que lo hacen “ante el juez”. Basta la conexión a un dispositivo con acceso a internet para poder practicar su declaración. Aunque la declaración telemática no aporte el mismo valor añadido que la declaración con la presencia física del interrogado en el tribunal, en último término se trata de un equivalente funcional aceptado por el legislador que permite llevar a cabo el medio de prueba o la diligencia acordada.<sup>33</sup>

Incluso aquello que parece imposible de ser digitalizado puede incorporarse al proceso mediante procedimientos indirectos al alcance de cualquiera, a través de los llamados *informal methods of evidence-gathering*.<sup>34</sup> Si hasta hace no tanto, cuando se debía proceder al reconocimiento judicial de un objeto que no pudiese trasladarse a la sede del tribunal o de un lugar, el juez se veía obligado a abandonar los juzgados para trasladarse al sitio en el que estuviesen localizados, hoy en día las partes pueden emplear los sistemas de videgrabación de sus teléfonos móviles para dejar constancia del estado del lugar o del objeto, aportar sus grabaciones al proceso y proponer su reproducción con efectos más o menos similares. Es más, también se puede recurrir a tecnologías más sofisticadas, como las gafas de realidad virtual, para revivir reconstrucciones digitales de ciertos hechos.

8. Si la información puede constituirse, incluirse o vehicularse en un soporte digital, su adquisición procesal se facilita *de facto*, independientemente del lugar físico en el que se encuentre el servidor

---

de la STEDH *Jallow c. Noruega* (36516/19) de 2 de diciembre de 2021.

<sup>32</sup> Véase M. STRANDBERG, “The justice system takes account of the (social, economic) digital revolution: evidence law adjusted to digitally stored information”, B. HESS/ M. WOO/ L. CADJET/ S. MÉNETREY/ E. VALLINES GARCÍA (EDS.), *Comparative Procedural Law and Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2024: <https://www.cplj.org/publications/9-2-the-justice-system-takes-account-of-the-digital-revolution-evidence-law-adjusted-to-digitally-stored-information>

<sup>33</sup> A este respecto se recomiendan los siguientes trabajos de F. GASCÓN INCHAUSTI: “Régimen jurídico de las actuaciones judiciales por videoconferencia”, en J. BANACLOCHE PALAO/ F. GASCÓN INCHAUSTI (DIRS.), *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023*, La Ley, Madrid, 2024, pp. 201-259; “From Remote Hearings to Online Courts”, en B. HESS/ M. WOO/ L. CADJET/ S. MÉNETREY/ E. VALLINES GARCÍA (EDS.), *Comparative Procedural Law and Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2024: <https://www.cplj.org/publications/9-4-from-remote-hearings-to-online-courts>; y “¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 2, 2021, pp. 383-401.

<sup>34</sup> M. STRANDBERG, “The justice system takes account of the (social, economic) digital revolution: evidence law adjusted to digitally stored information”, B. HESS, M. WOO, L. CADJET, S. MÉNETREY Y E. VALLINES GARCÍA (EDS.), *Comparative Procedural Law and Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2024, pp. 37-38: <https://www.cplj.org/publications/9-2-the-justice-system-takes-account-of-the-digital-revolution-evidence-law-adjusted-to-digitally-stored-information>

que soporta los datos, la persona que haya de declarar o la situación que se haya de examinar: la parte puede emplear una plataforma digital de comunicación con el tribunal *ad hoc* (p.e. *LexNet*), un tercero puede emplear mensajerías digitales comunes (p.e. *Gmail*, *DropBox*) o el tribunal puede remitir directamente un enlace para una videollamada a un testigo. Internet permite esa circulación casi ilimitada y directa con el tribunal de la información requerida. No obstante, deben reseñarse los tres límites principales: la ausencia de medios técnicos a disposición del tribunal que lo permita, la falta de acceso a internet o a tecnologías de la información y la comunicación del sujeto requerido o las restricciones de acceso a internet que pueda imponer un Estado a las personas que se hallan en su territorio.

9. Los óbices fácticos impuestos por las fronteras nacionales en la adquisición procesal de información presente en el extranjero se han disuelto en gran medida, lo que facilita la obtención unilateral y extraterritorial de la misma por los tribunales, en aplicación de su propio ordenamiento procesal. No obstante, como decíamos, hay Estados que siguen negando la legitimidad de este tipo de proceder unilateral y extraterritorial, o que al menos lo hacen para ciertos supuestos o respecto de ciertas materias o tipos de información, por lo que sigue siendo necesario reflexionar sobre la pregunta que vertebraba de este artículo.

Lo cierto es que el problema seguirá vivo mientras no exista una concepción internacionalmente uniforme acerca de cómo debe obtenerse información situada en el extranjero para su adquisición procesal con fines preparatorios o probatorios y no se desarrolle una cultura procesal en materia probatoria armonizada entre los diversos modelos de proceso civil existentes en el mundo. Estas divergencias generan fricciones y conflictos de los que, justamente, este artículo pretende hacerse cargo.

Estas fricciones y estos conflictos pueden expresarse desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde el punto de vista que enfrenta los intereses del litigante con los intereses del Estado extranjero en el que se localiza la fuente de información. Mientras que el litigante quiere que las expectativas y oportunidades que le brinda el ordenamiento procesal del foro se cumplan de la forma menos onerosa y más eficaz y rápida posible, puede que el Estado extranjero erija barreras y dificultades añadidas a la adquisición de la información o, incluso, llegue a impedirla totalmente. En segundo lugar, pueden surgir conflictos en el plano de las relaciones internacionales entre los Estados involucrados. Puede que los tribunales del Estado en el que sustancie el litigio prefieran obtener la información empleando instrumentos alternativos a los consensuados entre ambos Estados en convenios multilaterales o bilaterales o establecidos por el Estado en que se halla la información en normas de derecho autónomo, por considerarlos más eficaces y eficientes. Esto puede ser percibido por el Estado en el que se halla la fuente de información o en el que deba generarse como una agresión a su soberanía, máxime si el concreto procedimiento de obtención de información preparatoria o probatoria es considerado contrario a su orden público procesal, lo que sucede, por ejemplo, en el caso francés frente al *discovery* americano.<sup>35</sup>

### 3. Estructura del trabajo

10. Este trabajo se estructurará en dos partes, acompañadas de unas breves consideraciones finales. La primera se dedicará a exponer las buenas razones para considerar que la obtención unilateral de información preparatoria o probatoria es legítima, siempre y cuando se respeten los límites generales impuestos por el derecho internacional público, si la obtención se encuentra dirigida por el tribunal, o las normas de exclusión de fuentes de prueba cuando la obtención se efectúe directamente por las partes. Esta posición pone en el centro al *justiciable* y sus derechos a la tutela judicial efectiva, de defensa y a la participación efectiva y a no padecer dilaciones indebidas.

La segunda parte se centrará en la exposición de la postura contraria y del instrumento que la expresa por excelencia: las normas de bloqueo. De esta forma, se ofrecerá un concepto de norma de

<sup>35</sup> N. LENOIR, “Entraide judiciaire internationale – Transmission de preuves à l’étranger et protection de la souveraineté économique de la France – À propos de l’application de l’article 2 de la loi de blocage ou d’aiguillage”, *La semaine Juridique*, núm. 15, 2022.



bloqueo específico a la materia que nos ocupa, distinguiéndolo de la más amplia gama de técnicas normativas que se reagrupan bajo el rótulo de *blocking statutes*, se expondrá su naturaleza jurídica como norma sancionadora y se dará cuenta de su razón de ser y de los efectos esperados: a saber, forzar a los tribunales extranjeros a que acudan a los mecanismos de cooperación jurídica institucionales. Dado el desconocimiento extendido de esta clase de instrumentos en nuestro país, se reseñarán tres ejemplos de normas de bloqueo: la francesa, la inglesa y la suiza.<sup>36</sup> Con ello se pretende dar una idea cabal al lector español del tipo de técnica normativa que distintos Estados cercanos al nuestro han puesto en marcha.

Por último, se reflexionará, a modo de conclusión, acerca de si es posible priorizar los intereses de los justiciables sin menoscabar ciertas concepciones de los límites impuestos por la soberanía, o si, a la inversa, es posible establecer modelos globalmente respetuosos con las variadas ideas de soberanía sin sacrificar los intereses del litigante.

## II. La legitimidad de la obtención transfronteriza unilateral de información preparatoria o probatoria

### 1. La extranjería de la información: una situación fáctica y generalmente contingente

11. Todo empieza con el nacimiento de un conflicto jurídico entre dos sujetos: uno de ellos considera que algún derecho o interés del que es titular o acreedor con base en el ordenamiento jurídico de algún país ha sido lesionado o vulnerado por el otro. Dos opciones se abren ante él: aquietarse y asumir la situación o buscar la tutela de su derecho ante los tribunales de una jurisdicción con competencia para conocer de la disputa. Quien decide luchar por su derecho tendrá que elaborar y poner en marcha una estrategia alegatoria y probatoria para convencer al tribunal de que efectivamente tiene derecho a la acción y, por tanto, que debe dictarse una sentencia favorable a su posición, estimándose su demanda. El marco que dibujará los límites y las vías posibles de esa estrategia de persuasión lo constituye el conjunto de normas procesales que rigen en el foro ante el que se interpone la demanda: *lex fori regit processum*. Esas normas indicarán si este litigante puede solicitar una tutela sumaria o plenaria, si debe sustanciar su pretensión desde el acto alegatorio que inicia el proceso (*fact-pleading*) o si, por el contrario, puede iniciar el proceso con una vaga identificación de su pretensión (*notice-pleading*), si existen mecanismos de auxilio judicial a la obtención de información que asistan al litigante en la definición de sus alegaciones fácticas, mecanismos de auxilio judicial en la obtención de fuentes de prueba o si el tribunal tiene poderes probatorios de oficio o no. Igualmente, establecerán un régimen concreto de aportación de fuentes de prueba, proposición, admisión y práctica de medios de prueba, un régimen de exclusión de

---

<sup>36</sup> Debe precisarse que, aunque esta técnica normativa no es especialmente famosa en nuestro país, no es un instrumento completamente desconocido: en efecto, en nuestro ordenamiento pueden encontrarse normas vigentes como el Reglamento (CE) 2271/96 del Consejo de 22 de noviembre de 1996 relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella y la Ley 27/1998, de 13 de julio, sobre sanciones aplicables a las infracciones de las normas establecidas en el Reglamento (CE) número 2271/96, del Consejo, de 22 de noviembre, relativo a la protección frente a la aplicación extraterritorial de la legislación de un país tercero. Ambas normas forman parte del amplio género de normas de bloqueo. Éstas pretenden enfrentar retos distintos a los analizados en este artículo y vinculados a ciertos aspectos de la política legislativa norteamericana en materia de sanciones secundarias por las relaciones mantenidas con operadores de Estados enemigos: por una parte, las normas de bloqueo citadas buscan combatir la aplicación de sanciones con base en leyes con alcance extraterritorial a sujetos españoles, por otra, pretenden luchar contra la posibilidad de que el ordenamiento norteamericano otorgue derechos subjetivos a particulares que les legitime al ejercicio de acciones en sus tribunales que sean percibidos por España y la UE como un ataque a sus intereses soberanos y comerciales en el mundo. Véanse, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Tribunales españoles y derecho internacional privado: el asunto central Santa Lucía contra Meliá Hoteles. Historia de un desencuentro palmario... (continuará), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 342-363; J.L. IRIARTE ÁNGEL, «De nuevo sobre el problema de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para resolver los litigios derivados de las nacionalizaciones cubanas. Reflexiones sobre el auto de la Audiencia Provincial de Mallorca (Sec. 3ª) de 18 de marzo de 2020», *Bitácora Millenium DIPr : Derecho Internacional Privado*, núm. 11, 2020; J.L. IRIARTE ÁNGEL, «La Ley Helms-Burton proyecta su sombra sobre la jurisprudencia española y la legislación de la Unión Europea», *Bitácora Millenium DIPr : Derecho Internacional Privado*, núm. 11, 2020; J.L., IRIARTE ÁNGEL, «La Ley Helms-Burton y la respuesta europea a sus efectos extraterritoriales», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 63, 2020, pp. 81-112.

fuentes de prueba o de protección de la información confidencial, así como unas determinadas normas de carga formal y material de la prueba o de preclusión de actos alegatorios y probatorios para las partes. Cada sistema articula las piezas de su artificio procesal conforme a la voluntad del creador legítimo de la norma y, en función de las opciones escogidas y elaboradas, generará unas determinadas expectativas iniciales a los actuales o potenciales litigantes (expectativas que incluso pueden encontrar fundamento constitucional como nuestro derecho a la prueba del artículo 24.2 CE<sup>37</sup>) que condicionarán su comportamiento *antes y durante* el proceso. En resumen, las normas procesales vertebran la forma en la que el litigante debe hacer acopio de la información necesaria para construir sus alegaciones fácticas (y, en consecuencia, las jurídicas y la concreta pretensión solicitada), así como de la forma en la que deberá producir contenido informativo en el seno del proceso para convencer racionalmente al tribunal de su certeza (es decir, qué actividad probatoria deberá desplegar).

12. Ahora bien, tanto la parte demandante como la parte demandada pueden darse de bruces con una situación fáctica y contingente que puede constituir un obstáculo en la construcción óptima de su defensa<sup>38</sup>: la información necesaria para construir sus alegaciones o probarlas no siempre se encontrará localizada o podrá ser producida en el interior de las fronteras del Estado en el que el tribunal que conoce del proceso proyecta su jurisdicción ni bajo su esfera de control, dificultando así su acceso y las posibilidades de adquisición procesal. Puede que un testigo resida en el extranjero, que un documento sea custodiado en las oficinas de una sociedad situadas en otro país o que para la correcta fijación de la certeza de un hecho controvertido se deba proceder al reconocimiento judicial de un lugar situado fuera de las fronteras del territorio nacional. Es irrelevante que exista o no un elemento de extranjería en el litigio: todos sus componentes pueden ser meramente internos, pero aun así cabe la posibilidad de que la fuente de la información se encuentre en el extranjero. Esta situación es, además, cada vez más frecuente: aun cuando el planeta esté viviendo una incierta y acelerada transformación en las relaciones políticas y económicas, la globalización sigue siendo una realidad incontestable. Las personas físicas y jurídicas siguen actuando y operando en terceros países o contratando con empresas extranjeras constantemente. Su proyección internacional conduce inevitablemente al nacimiento de litigios vinculados con su actividad y es natural que el rastro de ésta se disemine en varios países. Pero, en la mayoría de los casos, la extranjería de la fuente de prueba es contingente: en la medida en que el soporte pueda trasladarse en el espacio, en el momento de nacimiento del litigio puede hallarse en el extranjero, pero en otro momento, no. Esta afirmación resulta aún más obvia cuando la información tiene un soporte electrónico.

13. ¿Cómo lograr vencer esa situación fáctica de extranjería? Serán nuevamente las normas del foro las que determinarán el modo de obtener válidamente esa información para su adquisición procesal, determinando qué posibles opciones existen para que las partes la adquieran por sí mismas y su aportación sea *admisible*, o qué opciones tiene el tribunal para requerir su obtención al sujeto que custodie esa información.

## 2. Límites generales impuestos por la concepción de la soberanía desde los principios *Lotus* y el derecho internacional público

14. ¿Pueden las normas procesales de un Estado prever mecanismos que permitan la adquisición procesal de información que se halle en el extranjero distintos de los previstos en los mecanismos de cooperación jurídica internacional institucionales? La respuesta sólo puede ser afirmativa desde el estándar del derecho internacional público, siempre y cuando se respeten los límites que reseñaremos.

<sup>37</sup> M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/20001, de 28 de mayo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 19-20.

<sup>38</sup> HCCH, *Le caractère obligatoire ou non de la convention preuves établie par le Bureau Permanent*, Doc. Prél. No. 10, 2008, § 7.

15. El ejercicio de la soberanía por las autoridades de un Estado se despliega en tres vertientes: (i) la vertiente normativa, (ii) la vertiente jurisdiccional o adjudicativa y (iii) la vertiente ejecutiva.<sup>39</sup> Si el criterio de la territorialidad constituye el ámbito habitual de proyección de la soberanía de un Estado y del ejercicio de las competencias asociadas a ella por sus autoridades, lo cierto es que los Estados disponen de un amplio margen de libertad para definir el alcance de las anteriores competencias más allá de su territorio. Son principios fundamentales de las relaciones internacionales entre Estados el respeto de su soberanía y de su integridad territorial desde el plano del reconocimiento de su igualdad y del principio de no injerencia. Ahora bien, el derecho internacional sólo impone la obligación negativa de no violentar la soberanía de otro Estado, lo que permite a cada uno de ellos definir con amplia libertad la extensión extraterritorial de sus competencias soberanas.<sup>40</sup> Cuando hablamos de extraterritorialidad nos referimos a los actos de un Estado fuera de su territorio o actos en su territorio que regulan el comportamiento de ciertos sujetos fuera del mismo<sup>41</sup>, es decir, la competencia de un Estado para promulgar, aplicar o ejecutar normas respecto de personas, objetos o situaciones de hecho más allá de sus fronteras.<sup>42</sup> Lo que no queda permitido en ningún caso conforme a los llamados principios *Lotus*<sup>43</sup> es una actuación extraterritorial que implique el uso de la coerción directa o de la ejercicio directo de la actividad de una autoridad soberana en el territorio de otro Estado, salvo que una norma consuetudinaria o convencional así lo permita.<sup>44</sup> El derecho internacional público prohíbe tajantemente, salvo una regla permisiva al respecto, “la realización de “actos de poder”, “actos de fuerza” o “actos coactivos””.<sup>45</sup> Y de esta prohibición nace la necesidad de articular un sistema de cooperación jurídica internacional en materia de obtención de pruebas en el extranjero: allí donde la información *deba* forzosamente obtenerse en el territorio de otro Estado, el tribunal que conozca del litigio u otras autoridades del mismo país no podrán, como regla general, trasladarse al interior de sus fronteras, ni mucho menos ejecutar forzosamente la diligencia pro-

<sup>39</sup> S. GONZÁLEZ HAUCK/ M. MILAS, “Jurisdiction”, en S. GONZÁLEZ HAUCK/R. KUNZ/M. MILAS, *Public International Law, A Multi-Perspective Approach*, Routledge, London, New York, 2024, p. 320.

<sup>40</sup> L. LEONTIEV, “Conceptualising Extraterritoriality. Public International Law and Private International Law Considerations”, *Global Jurist*, vol. 24, núm. 2, 2024, p. 121.

<sup>41</sup> L. LEONTIEV, “Conceptualising Extraterritoriality. Public International Law and Private International Law Considerations”, *Global Jurist*, vol. 24, núm. 2, 2024, p. 120.

<sup>42</sup> L. LEONTIEV, “Conceptualising Extraterritoriality. Public International Law and Private International Law Considerations”, *Global Jurist*, vol. 24, núm. 2, 2024, p. 122.

<sup>43</sup> *S.S. Lotus (Fr. v. Turk.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), §§ 44-46: “International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed. Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that failing the existence of a permissive rule to the contrary it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention. It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion, which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable”.

<sup>44</sup> L. LEONTIEV, “Conceptualising Extraterritoriality. Public International Law and Private International Law Considerations”, *Global Jurist*, vol. 24, núm. 2, 2024, pp. 124 y 136; N. GEORGAKOUDI, *Les compétences exclusives en matière civile et commerciale: étude de droit international privé*, Tesis doctoral, Paris I, 2021, pp. 477-78.

<sup>45</sup> A.L CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de derecho internacional privados, Tomo I*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 1103.

En la misma línea : D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, 3<sup>ed</sup>, Presses Universitaires de France, Paris, 2014, p. 79 : “En l’état de cette jurisprudence, le droit international public n’impose a priori aucun critère particulier de compétence juridictionnelle qui puisse se déduire des limites (territoriales ou personnelles) de la souveraineté. Un État est libre, en vertu même de cette souveraineté, de donner effet aux critères qu’il estime appropriés pour déterminer les cas d’intervention de ses tribunaux et de ses lois, dès lors qu’il ne s’agit pas de réaliser des actes de coercition sur le territoire d’un autre État”.

batoria acordada en el seno del proceso; para ello necesitarán la colaboración de las autoridades de ese Estado. No obstante, tal y como sostienen CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ:

“El Derecho Internacional Público no impide que los tribunales de un Estado lleven a cabo “actos de coacción indirecta” que repercuten sobre el territorio de otros Estados, tales como notificar actos del proceso a sujetos con domicilio en otros países, u ordenar a tales sujetos que presenten documentos o pruebas, que suministren ciertas informaciones.”<sup>46</sup>

Por tanto, queda prohibido por regla general que una autoridad del Estado del foro despliegue actividades propias de sus funciones para obtener la fuente de prueba situada en otro Estado *en el seno del otro Estado*, dejando abierta la posibilidad de otras muchas vías para obtener o producir información, siempre y cuando una norma en sentido contrario no se lo permita.

16. En consecuencia, desde la perspectiva del derecho internacional vigente, la doctrina *Aérospatiale* de la U.S. Supreme Court acerca del carácter no exclusivo del Convenio de la Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial de 1970 es perfectamente legítima<sup>47</sup> y, por tanto, también lo es la posibilidad de practicar diligencias probatorias con efectos extraterritoriales que no impliquen el uso de la coerción directa en territorio ajeno ni la presencia física de sus autoridades. Como también lo es la respuesta inversa: a saber, la adopción de normas de bloqueo que tienden a evitar esta clase de prácticas. El conflicto que pueda abrirse entre jurisdicciones por obviar los mecanismos de cooperación jurídica institucionales no puede resolverse a través del derecho internacional consuetudinario ni convencional.

### 3. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco del espacio europeo de justicia y la no exclusividad de los instrumentos del Reglamento de prueba

17. Del mismo modo que los tribunales norteamericanos se interrogaron acerca del carácter obligatorio y exclusivo de los procedimientos dispuestos en el Convenio de la Haya en *Aérospatiale*, tal y como se dejó anunciado en la introducción el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse hasta en tres ocasiones acerca del mismo interrogante en relación con el Reglamento de obtención de pruebas (aunque se refieran al ya derogado, las consideraciones siguen siendo plenamente válidas respecto del vigente<sup>48</sup>). Como referíamos anteriormente, se trata de los asuntos *Lippens*, *ProRail* y *VP*. En las tres ocasiones se ha pronunciado en la misma dirección: la obtención de pruebas en el territorio de otro Estado miembro no tiene que pasar necesariamente por uno de los instrumentos dispuestos por el Reglamento, si existe uno más eficaz a disposición del tribunal conforme a sus normas procesales. El Reglamento no es una norma exclusiva o excluyente en la materia.

En *Lippens* el TJUE declaró en contestación a la cuestión prejudicial que:

“las disposiciones del Reglamento (...) en particular su artículo 1, apartado 1, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro que desea interrogar en calidad de testigo a una parte residente en otro Estado miembro está facultado, con el fin de llevar a cabo dicho acto, a citar ante él a dicha parte e interrogarle con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional”.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de derecho internacional privados*, Tomo I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 1103

<sup>47</sup> *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. District Court*, 482 U.S. 522 (1987).

<sup>48</sup> Estas resoluciones se refieren al Reglamento (UE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2011, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. No obstante, éste fue derogado por el Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

<sup>49</sup> STJUE *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros*, § 40.

En *ProRail* afirmó que:

“el tribunal de un Estado miembro que considere conveniente la práctica de una prueba pericial en el territorio de otro Estado miembro no está obligado necesariamente a recurrir al modo de obtención de pruebas previsto en las citadas disposiciones para poder acordar tal diligencia de prueba”.<sup>50</sup>

Finalmente, en *VP* sostuvo que:

“el tribunal de un Estado miembro que quisiese interrogar a una persona residente en otro Estado miembro no se encuentra necesariamente vinculado, para proceder a tal diligencia probatoria, a los instrumentos previstos en el reglamento. En cambio, tiene la facultad de recurrir al interrogatorio por escrito de esa persona, conforme al derecho del Estado miembro al que pertenezca el tribunal, y sin necesidad de obtener la autorización de la autoridad central o de la autoridad competente del Estado miembro requerido, en el sentido del artículo 3 del dicho reglamento”.<sup>51</sup>

**18.** Merece la pena reseñar con más profundidad los argumentos del TJUE. Empiécese con las consideraciones en *Lippens*. El Tribunal parte de la premisa de que el Reglamento no prohíbe a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro citar a una parte residente en otro Estado miembro para que comparezca y preste directamente declaración ante él.<sup>52</sup> En la medida en la que el Reglamento persigue “la obtención simple, eficaz y rápida de pruebas en un contexto transfronterizo”, resultaría absurdo que el Reglamento estuviese prohibiendo ese proceder de forma implícita<sup>53</sup>: es más, en su opinión, “es evidente que, en determinadas circunstancias, en particular si la parte citada en calidad de testigo está dispuesta a comparecer voluntariamente, puede resultar más sencillo, más eficaz y más rápido, para el órgano jurisdiccional competente, interrogarle según las disposición de su Derecho nacional en lugar de recurrir a los procedimientos de obtención de pruebas previstos por el Reglamento n° 1206/2001”.<sup>54</sup> Y remata: “además, dicho órgano jurisdiccional conserva la libertad de deducir de la incomparecencia injustificada de una parte en calidad de testigo las consecuencias previstas por su propio Derecho nacional, siempre que se apliquen de modo conforme con el Derecho de la Unión”.<sup>55</sup> Este asunto establece un criterio sensato y razonable: los tribunales deben poder optar por la vía de obtención de pruebas situadas en el extranjero que sea la más eficaz y sencilla, siendo los mecanismos de cooperación del Reglamento únicamente instrumentos al servicio de esa misión y no un sustituto que acabe entorpeciendo la labor de los tribunales.

**19.** En *ProRail* estos argumentos se vuelven a encontrar, pero el problema es distinto: se trata de saber si un tribunal puede ordenar a un perito que realice operaciones en el territorio de otro Estado miembro sin pasar por los canales del Reglamento; no se trata de importar la fuente de prueba al territorio nacional, sino, al contrario, de exportar al experto que deberá trabajar con las fuentes situadas en el extranjero. El TJUE como hemos anunciado vuelve a contestar afirmativamente ya que el tribunal nacional “no tiene necesariamente la obligación de recurrir al modo de obtención de pruebas previsto en los artículo 1, apartado 1, letra b, y 17 del Reglamento n°1206/2001”<sup>56</sup>. Ahora bien, el TJUE alerta sobre un matiz importante:

“Es necesario precisar que (...) tal peritaje podría afectar, en determinadas circunstancias, al ejercicio del poder público del Estado miembro en el que deba llevarse a cabo, especialmente cuando se trate de una pericia efectuada en lugares relacionados con el ejercicio del poder público o en lugares en los que, en virtud del Derecho del Estado miembro en que haya de realizarse, esté prohibido el acceso o la realización de determinadas actividades o sólo se permitan a personas autorizadas. En tales circunstancias, (...) el

<sup>50</sup> STJUE *ProRail BV contra Xpedys NV y otros*, § 55.

<sup>51</sup> ATJUE *VP contra KS* § 36, traducción propia.

<sup>52</sup> STJUE *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros*, § 27.

<sup>53</sup> STJUE *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros*, § 29-30.

<sup>54</sup> STJUE *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros*, § 31.

<sup>55</sup> STJUE *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros*, § 28.

<sup>56</sup> STJUE *ProRail BV contra Xpedys NV y otros*, § 49.

modo de obtención de pruebas previsto en los artículos 1, apartado 1, letra b) y 17 del mismo Reglamento es el único que permite al tribunal de un Estado miembro realizar una prueba pericial directamente en otro Estado miembro”.<sup>57</sup>

De alguna forma en esta sentencia el TJUE reafirma el estándar propio del derecho internacional público en materia de alcance de efectos extraterritoriales de las decisiones de una autoridad judicial: en la medida en que el perito actúe como un privado en el extranjero, aun por mandato de un tribunal, pero sin la delegación de ninguna clase de autoridad, no es necesario acudir a los mecanismos del Reglamento. Por el contrario, cuando sea necesario actuar como autoridad o se requiera el empleo de medios de coerción en el territorio ajeno, entonces la pericial no podrá llevarse a cabo de esta forma.

**20.** Finalmente, en *VP* se aplican los mismos parámetros decisivos que en las dos sentencias anteriores. No obstante, debe destacarse una diferencia en el supuesto de hecho: si en *Lippens* la fuente de prueba viaja al Estado del foro y en *ProRail*, en cambio, el perito viaja al extranjero, en *VP* lo que hay en juego es la posibilidad de un interrogatorio escrito a un testigo en el extranjero: por lo tanto, la fuente de prueba no se desplaza del extranjero ni viaja a él, simplemente hay una comunicación del contenido de la información, lo que, *mutatis mutandis*, permite legitimar la práctica de videoconferencias sin pasar por el mecanismo previsto al efecto del Reglamento.

**21.** De esta forma, el TJUE ha legitimado en el seno del espacio europeo de justicia una forma de obtener información con fines preparatorios o probatorios que es justamente la que rechazan de plano los Estados que han promulgado normas de bloqueo.

#### **4. Los modos de obtención unilateral de información preparatoria o probatoria legítimos**

##### **A) En abstracto**

**22.** Expuesto lo anterior, podemos reseñar tres formas legítimas en abstracto de obtener transfronteriza y unilateralmente información preparatoria o probatoria.

**23.** En primer lugar, la adquisición directa y libre por las partes de la información que entra dentro su esfera de control.<sup>58</sup> En este supuesto las partes omiten cualquier contacto tanto con el tribunal que conoce del asunto como con las autoridades judiciales o de otro tipo del Estado en el que se halla la información a la hora de repatriarla al país del foro.

Ilustremos lo anterior con dos ejemplos conforme a nuestra LEC. El ordenamiento procesal español considera un medio de prueba legal los dictámenes elaborados por peritos designados por las partes y elaborados fuera del proceso (art. 335 LEC). En este sentido, nada impide que las partes contraten a un perito que deba efectuar operaciones en el extranjero para la emisión de su opinión experta y que aporten junto con su demanda o contestación a la demanda el dictamen que ese perito ha producido sobre la base, en todo o en parte, de información que sólo podía generarse en otro Estado. Del mismo modo, si una de las partes fuese una sociedad que pertenece a un grupo multinacional, nada impide que la defensa de ésta se asegure de que un empleado de otra filial extranjera del mismo grupo (y residente en otro país, entiéndase) que ha sido testigo de hechos relevantes para la recta resolución litigio comparezca el día del juicio o de la vista para declarar ante el tribunal si su interrogatorio ha sido admitido o les comunique con anterioridad toda la información relevante para que puedan construir sus alegaciones. El único límite que tienen las partes de un proceso civil en España en la obtención de información y aportación de fuentes de prueba en el proceso, es que ésta no se haya efectuado de forma ilícita vulne-

<sup>57</sup> STJUE *ProRail BV contra Xpedys NV y otros*, § 47-48.

<sup>58</sup> C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, p. 42.

rando derechos fundamentales (art. 287 LEC). Es más, en un ordenamiento como el nuestro en el que el tribunal no tiene poderes investigativos ni probatorios de oficio en los procesos declarativos ordinarios, se genera la expectativa en los litigantes de responsabilizarse a la hora de obtener por sus propios medios la información necesaria para preparar sus alegaciones y aportar toda la prueba preconstituida de la que puedan hacer acopio sin hacer uso de la coacción y sin violar los derechos fundamentales de ningún sujeto, incluida aquella que pueda obtenerse únicamente en el extranjero.

La legitimidad de esta forma de proceder no suscita ninguna duda: las partes que obtengan y aporten información por cuenta propia tendrán que hacerlo de buena fe, sin vulnerar derechos fundamentales y asumiendo las consecuencias civiles, penales y procesales de aportar información que viole algún tipo de prohibición.<sup>59</sup>

**24.** Antes de avanzar quisiera mencionar una variante interesante de esta forma de proceder. Las partes también pueden acudir directamente a los tribunales de un país en el que se halle la información para solicitar el auxilio judicial a fin de obtenerla: es cada vez más frecuente que los litigantes de un proceso futuro o existente acudan a los tribunales norteamericanos al margen de cualquier solicitud de cooperación jurídica para hacer uso de los mecanismos de *discovery* que las normas federales ponen a su disposición (*Section 1782 of Title 28 U.S. Code*<sup>60</sup>) y obtener información destinada a ser empleada en el proceso seguido en el extranjero.<sup>61</sup> En este supuesto, los únicos que tienen control sobre la producción de la información son los tribunales del Estado en el que se encuentra la fuente, sin que esta solicitud tenga por qué ser ni siquiera conocida por el tribunal que conoce del litigio en otro territorio. La posibilidad de que las partes actuales de un litigio o un futuro demandante puedan acudir directamente a los tribunales del Estado en el que se encuentra la fuente de prueba para obtener información de cara a su aportación posterior en un proceso judicial seguido o que deberá seguirse en el extranjero resulta una forma extremadamente interesante de articular otras vías alternativas de obtención de fuentes de pruebas. Cuestiones distintas son si la información adquirida por una vía de este género puede luego ser aportada válidamente en el proceso principal seguido en el extranjero o los costes de acceso que quiera imponer el Estado que articula este sistema de cooperación internacional directo con las partes.<sup>62</sup>

**25.** En segundo lugar, el tribunal que conoce del proceso principal puede ordenar la práctica en su sede conforme a su ordenamiento procesal de un determinado acto procesal (un medio probatorio, una exhibición de documentos, una diligencia preliminar, una medida de acceso a fuentes de prueba, etc.) y que el sujeto que custodia la información en el extranjero acuda “voluntariamente” a la sede del tribunal para declarar o aportar “voluntariamente” lo que se le haya requerido.<sup>63</sup> En esta opción el tribunal no acude a ningún mecanismo de cooperación jurídica de obtención de pruebas, sino que se limita a ordenar la práctica de diligencias y actuaciones de forma ordinaria, esperando que la fuente de la información se traslade al territorio del foro. Además, el tribunal podrá aplicar los mecanismos de coerción directos permitidos por su ordenamiento en su territorio nacional o indirectos frente a las perso-

<sup>59</sup> En Alemania no existe consenso acerca de si esta forma de proceder puede constituir también un atentado a su soberanía o no. Véase R. GEIMER / E. GEIMER / G. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 9ªed., Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2024, p. 970.

<sup>60</sup> “The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal (...). The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court.” (cursiva nuestra).

<sup>61</sup> Véase el interesantísimo trabajo al respecto elaborado por TROCKER, N., “Application of U.S. Discovery for European Disputes”, en F. GASCÓN INCHAUSTI/ A. STADLER/ M. STRANDBERG (EDS.), *Access to Evidence in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2025 (en prensa).

<sup>62</sup> F. GASCÓN INCHAUSTI, A. STADLER Y M. STRANDBERG plantean la hipótesis de que el artículo 35 del Reglamento Bruselas I bis podría servir de base jurídica para un sistema de acceso a fuentes de prueba similar a la *section 1782* norteamericana, al menos respecto de aquellos litigios que versen sobre materias armonizadas por el derecho de la Unión Europea. F. GASCÓN INCHAUSTI/ A. STADLER/ M. STRANDBERG (EDS.), *Comparative analysis and concluding remarks*”, en F. GASCÓN INCHAUSTI/ A. STADLER/ M. STRANDBERG (EDS.), *Access to Evidence in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2025 (en prensa).

<sup>63</sup> C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, p. 41.

nas sujetas a su jurisdicción incluso con alcance extraterritorial. Quien adquiere la condición de parte en un proceso ante los tribunales de un país, asume una situación de sujeción jurídica frente al conjunto de cargas y obligaciones establecidas por las normas procesales que rigen el proceso, así como las posibles consecuencias de sus incumplimientos. Del mismo modo, si el sujeto al que se requiere que aporte un documento o declare es un tercero, podrá seguir estando incurriendo en alguna forma de responsabilidad de acuerdo con el ordenamiento del Estado requirente, si así se encuentra prevista.

26. Por último, la última forma de proceder, quizás la más peliaguda, es la posibilidad de que un tribunal ordene que se practique una determinada actuación *en el extranjero* (p.e. la emisión de un dictamen pericial por un experto designado judicialmente) o que se dé cumplimiento *directamente en el extranjero* a ciertas obligaciones de cooperación y de exhibición de la información entre las partes nacidas *ex lege* cuyo incumplimiento puede recibir la sanción del tribunal, siendo el caso más paradigmático el que se ofrece a los litigantes en Estados Unidos a través de la institución del *discovery*.<sup>64</sup>

Mientras que, en el segundo caso, el alcance extraterritorial de la decisión es indirecto (se busca mediante las posibles consecuencias jurídico-procesales o materiales negativas generar un comportamiento en el sujeto requerido para que acuda a los tribunales nacionales), en este caso, el alcance es directo (se ordenan actos que tendrán que tener lugar en el extranjero). La legitimidad de esta última opción dependerá de que la actuación no tenga que ser efectuada por el tribunal directamente, ni por ninguna autoridad delegada, ni que se tenga que recurrir a la fuerza en el extranjero, sin perjuicio de la legitimidad de imponer medios de coerción indirecta para condicionar el comportamiento del sujeto requerido.

## **B) En concreto: dos ejemplos a través de la prueba testifical y la exhibición de documentos por la contraparte en un proceso seguido en España**

27. El hecho de que en abstracto y desde las coordenadas de los principios *Lotus* o desde las coordenadas ofrecidas por el TJUE se pueda recurrir a modos de obtención transfronteriza de información sin pasar por los mecanismos institucionales, no quiere decir que conforme a las normas del foro se pueda proceder de cualquier forma. La relación entre las normas procesales ordinarias y un instrumento convencional<sup>65</sup> no viene definida de antemano, sino que habrá que atenerse, en primer lugar, a lo dispuesto en el propio tratado y, en caso de incertidumbre, a lo dispuesto en el Derecho nacional y su sistema de fuentes.

<sup>64</sup> Véanse los artículos 26 y siguientes de las *Federal Rules of Civil Procedure*. La práctica de *transnational discoveries* al margen de mecanismos consensuado de cooperación jurídica internacional se encuentra muy extendida. Es más, las normas de bloqueo, de las que hablaremos más detenidamente, se erigen fundamentalmente para tratar de hacer frente a la actuación de los tribunales norteamericanos. Esta institución debe quedar diferenciada de nuestras medidas de acceso a fuentes de prueba reguladas en los artículos 283 bis a) y ss LEC por varias razones, pero limitémonos a las siguientes. Estas últimas son adoptadas por el tribunal previa solicitud de una parte, valorando toda una serie de variables, mientras que las obligaciones derivadas del *discovery* nacen directamente y *ex lege*, teniendo el tribunal únicamente una intervención *ex post*, en caso de resultar necesaria, mediante las *motions to compel*, las *protective orders*, o la aplicación de sanciones como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones cooperativas. En el caso español, toda orden de exhibición de pruebas proviene de la autoridad judicial desde un inicio.

<sup>65</sup> En esta *Aerospatiale* (page 482 U.S. 534.), la *U.S. Supreme Court* planteaba las distintas opciones interpretativas sobre la relación entre las normas reguladoras del *discovery* de las *Federal Rules of Civil Procedure* y las disposiciones del Convenio de la Haya. *Mutatis mutandis*, las cuatro posibles relaciones que reseña constituyen el marco de toda discusión acerca de la aplicación unilateral y con efectos extraterritoriales de las normas procesales de un Estado y los distintos instrumentos convencionales o demás reglas que regulen la cooperación jurídica internacional en el país. En primer lugar, las disposiciones convencionales (de un convenio multilateral o bilateral) pueden interpretarse como excluyentes de cualquier otro procedimiento regulado en las normas procesales comunes. En segundo lugar, puede interpretarse que el convenio exige la utilización como recurso prioritario de sus instrumentos, sin que éstos sean exclusivos. En tercer lugar, pueden verse los instrumentos convencionales como una alternativa suplementaria para los tribunales, opcionales, pero que deberían ser utilizados con carácter prioritario por razones de cortesía internacional (*comity*). Por último, pueden ser considerados un instrumento opcional a los que los tribunales pueden acudir si lo consideran adecuado en el caso concreto, tras ponderar los intereses de las partes y los intereses del Estado extranjero.



**28.** Tratemos de ejemplificar la cuestión desde las perspectivas abiertas por nuestro ordenamiento procesal nacional. Para comenzar debemos distinguir dos momentos: el de admisión de la práctica de un acto procesal (una diligencia preliminar, una medida de acceso a fuentes de prueba, una exhibición documental o la práctica de un medio de prueba) y el de su ejecución.

A la hora de admitir un acto procesal destinado a la obtención de información con finalidad preparatoria o probatoria, el tribunal español sólo deberá tener en cuenta los requisitos que para el acto establece su regulación legal: en el caso de la diligencia preliminar deberá, por ejemplo, apreciar si ésta “es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo” (art. 258 LEC); en el caso de admitir un medio de prueba, su legalidad, posibilidad, utilidad y pertinencia, es decir, fundamentalmente la capacidad del medio de prueba para ilustrar al tribunal acerca de la certeza positiva o negativa de un hecho controvertido. En este momento de valoración acerca de la admisión de la actuación procesal, no pueden entrar en juego consideraciones sobre cortesía internacional o sobre la mayor o menor dificultad de acceder a la fuente de información por situarse en el extranjero (salvo, claro está, que ello lo convierta en imposible *a priori*), sino únicamente criterios desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los litigantes y de la efectividad de su derecho de defensa.

Una vez acordada o admitida la práctica de una concreta actuación procesal de esta naturaleza, uno debe interrogarse acerca de cómo ejecutar la concreta actuación para que esta sea eficaz y jurídicamente válida. Y en este momento es en el que pueden entrar en juego las normas de cooperación jurídica internacional como procedimiento exclusivo o alternativo para ejecutar la actuación. En todo caso, de existir varias alternativas (incluso dentro de un sistema de cooperación institucional exclusivo), el tribunal deberá ponderar tres criterios para elegir una vía u otra. En primer lugar, el derecho fundamental a no padecer dilaciones indebidas de las partes: el tribunal deberá escoger siempre la vía para practicar eficazmente el acto que más fácil resulte y que menos dilate el curso del proceso. En segundo lugar, las garantías procesales que condicionan la validez de los actos que se vayan a practicar (p.e. la intermediación, la presencia de la defensa letrada de las partes, etc.). En tercer lugar, y creemos que este es el criterio menos relevante, consideraciones de cortesía internacional para dirimir entre caminos de eficacia equivalente.

**29.** Expuesto lo anterior, debe reseñarse en primer lugar el artículo 177 LEC: “los despachos para la práctica de actuaciones judiciales en el extranjero se cursarán conforme a lo establecido en las normas comunitarias que resulten de aplicación, en los Tratados internacionales en que España sea parte y, en su defecto, en la legislación interna que resulte aplicable”. *Prima facie*, este artículo parece exigir que los tribunales civiles españoles acudan, de existir, de forma exclusiva a lo dispuesto en las normas de cooperación jurídica institucional. No obstante, esto es sólo correcto parcialmente: ello es así cuando la actuación *deba realizarse en el extranjero*, no cuando, por el motivo que sea, la fuente de prueba se halle en el extranjero. Si a pesar de hallarse en el extranjero, la actuación puede realizarse en España o desde la sede del tribunal, la cuestión es distinta. Examinemos esto último a través de dos ejemplos.

**30.** Supongamos que la sección civil de un Tribunal de Instancia que conoce de un proceso que sigue los cauces del procedimiento ordinario admite como medio de prueba a celebrar en juicio el interrogatorio y declaración de un testigo que reside en el extranjero. La LEC tiene una clara preferencia por la práctica de la prueba testifical efectuada directamente con la presencia judicial en el interrogatorio del testigo (arts. 137 y 289.2 LEC). En este sentido, el tribunal tiene varias posibilidades ante él para ejecutar el medio probatorio: (i) trasladarse directamente al Estado extranjero para tomar declaración al testigo, lo que será únicamente posible en un Estado miembro de la Unión Europea a través de la obtención directa de pruebas prevista en el artículo 19 del Reglamento; (ii) acordar que la declaración testifical se practique mediante videoconferencia; (iii) acordar que la declaración testifical se practique presencialmente en la sede del tribunal el día del juicio de forma ordinaria.

Conforme a los artículos 129 *bis* LEC y 364 LEC, al no residir en el municipio del tribunal, deberá acordarse que se practique la comparecencia mediante videoconferencia, salvo que el juez deter-

mine motivadamente por causas precisas que el acto del juicio requiere de la presencia física del testigo. Si opta por acordar la comparecencia telemática del mismo, deberá garantizar conforme al mismo artículo que su presencia se realice a través de un punto de acceso seguro, concepto definido en el artículo 62 del RDL 6/2023, de 19 de diciembre. Es más, el artículo 137 *bis* LEC precisa que, al menos para los testigos que residan en España, si han de actuar por videoconferencia lo harán desde la oficina judicial del partido judicial o el juzgado de paz de su domicilio o lugar de trabajo. Esto obliga necesariamente a los tribunales a solicitar el auxilio de las autoridades del país en el que se encuentra presente el testigo. Si se encontrase presente en alguno de los países de la Unión Europea, tendrá que solicitar la obtención directa de pruebas por videoconferencia en los términos previstos por el artículo 20 del Reglamento (UE) 2020/1783. Y ello no porque la utilización del Reglamento tenga un carácter exclusivo, como acabamos de examinar, sino porque las propias normas procesales nacionales que regulan la práctica de pruebas testificales y el uso de la videoconferencia obligan al tribunal a ello, puesto que debe garantizarse su comparecencia telemática desde un acceso seguro, que sólo pueden proporcionar las autoridades del Estado en el que se halla.

Ahora bien, ¿qué sucede si el testigo se halla presente en un Estado con el que España no tiene suscrito un convenio de cooperación jurídica o si el mismo no contempla la posibilidad de obtener el medio de prueba a través de medios telemáticos? Cabe sin duda la posibilidad de acudir a la ejecución de la declaración por las autoridades del Estado requerido. No obstante, conforme a nuestro derecho interno, también puede optarse excepcionalmente, si parece la vía más eficaz, por acordar la declaración por videoconferencia a través de medios que no sean estrictamente un punto de acceso seguro: el artículo 61 del RDL 6/2023 señala que el incumplimiento de las normas sobre identificación de los intervinientes no privaría por sí solo de los efectos procesales y jurídicos a la actuación llevada a cabo por videoconferencia, ni supondría la ineficacia o nulidad de la misma.

Puede considerarse, en cambio, que su presencia física es necesaria por las razones que sean, bien por el buen desarrollo del proceso, bien porque la declaración por videoconferencia desde el extranjero parezca inviable. En este caso, las partes en el acto de la audiencia previa deberán indicar al tribunal si se comprometen ellas mismas a presentar al testigo en juicio o, por el contrario, deberá ser citado por el tribunal (art. 429.5 LEC). Debe resaltarse que, en caso de que sean las propias partes las que se comprometan a citar al testigo, poco importa en qué parte del mundo se encuentre: es la parte la que asume íntegramente el riesgo de la incomparecencia del testigo. En cambio, si se acuerda citar judicialmente al testigo, el tribunal deberá practicar la notificación de la citación de acuerdo con alguno de los mecanismos permitidos por las normas de cooperación jurídica internacional. No obstante, acordada la declaración testifical y notificada correctamente, no debe hacerse uso de ninguna solicitud de auxilio en la obtención de pruebas, en la medida en que ésta no ha de practicarse en el extranjero. Es más, el tribunal podrá imponer las sanciones propias del artículo 292 LEC al testigo que, aun residiendo en el extranjero, incumpla sin mediar excusa con su deber de comparecencia: este tipo de sanción pecuniaria constituye una coerción indirecta del tribunal que perfectamente legitima la posibilidad de su uso, sin perjuicio de las dificultades para garantizar su apremio.

**31.** Ahora imaginemos otra situación: supongamos que un periodista de un tabloide británico, residente en el Reino Unido, es enviado a investigar la vida de un conocido futbolista de un equipo español. En el curso de sus investigaciones, logra captar, sin conocimiento del afectado, fotografías del interior de la vivienda del futbolista, en las que se le ve junto con una persona, presumiblemente su amante. Acto seguido, el periodista comparte varias de las fotografías a través de un grupo de la aplicación de mensajería Telegram en el que participan varios periodistas deportivos. Uno de los destinatarios del mensaje se lo comunica al futbolista y le describe el contenido de las fotografías. Ante esta situación, el afectado decide interponer una demanda ante la sección de lo Civil del Tribunal de Instancia de su domicilio, competente al amparo del artículo 22 *quinquies* b) LOPJ y del artículo 52.1.6º LEC, fundamentada en una intromisión ilegítima a su derecho fundamental a la intimidad por captar fotografías de la imagen de su persona en lugares y momentos de su vida privada sin su consentimiento, solicitando que se condene al demandado a eliminar permanentemente las fotografías tomadas y en su poder, a abstenerse de reproducir o comunicar a terceros cualquier copia de las mismas y al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

Suponiendo que el demandante no hubiese dispuesto nunca de una copia de las fotografías, imaginemos que hace uso de la facultad que le confiere el artículo 328 LEC (en relación con el artículo 333 LEC) de exigir al demandado la exhibición de las fotografías en su posesión, describiendo en los términos más exactos posibles cuál es su contenido. Partamos también de la premisa de que el soporte material donde se almacenan, como un dispositivo de almacenamiento masivo (un ordenador, la tarjeta de memoria de una cámara o un teléfono móvil, por ejemplo) o un servidor (en caso de estar almacenadas en la nube) se encuentra en el extranjero.

Para el demandado, el cumplimiento del requerimiento de exhibición de la contraparte se manifiesta, al menos en un primer momento, como la oportunidad para el levantamiento de una carga que se le ha generado por un requerimiento de la parte solicitante. En efecto, el artículo 329.1 LEC señala que, en caso de negativa injustificada, “el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio (...) a la versión que del contenido del documento se hubiese dado”, en este caso, por el demandante. El requerido, en otros términos, se expone a posibles consecuencias jurídicas negativas para su posición procesal *en el momento del dictado de la sentencia*. Con arreglo a este esquema, entra dentro de su esfera de decisión si comunicar la pieza “sita” en el extranjero o no, atendiendo al requerimiento intraprosesal efectuado por otra parte. La eficacia de un requerimiento entre partes de este tipo no requiere en ningún caso acudir a un sistema de cooperación jurídica internacional institucional: su cumplimiento comporta el levantamiento de una carga predispuesta por la ley y actualizada por el comportamiento de otra parte y depende, en consecuencia, de consideraciones más bien estratégicas, que compete efectuar al demandado. Corresponde a este calibrar los potenciales efectos para su posición en el proceso y en la sentencia del cumplimiento o del incumplimiento del requerimiento; el resultado, siempre subjetivo, de ese cálculo determinará, en último término, el nivel de coerción asociado al requerimiento.

Ahora bien, puede darse el caso de que el tribunal no esté satisfecho con la posibilidad de emplear la técnica de las ficciones jurídicas en sentencia y considere que el documento debe incorporarse a los autos. En ese caso, el artículo 329.2 LEC prevé lo siguiente:

“en el caso de negativa injustificada (...), el tribunal (...) podrá formular requerimiento (...) para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas”.

Si se llega a este punto, lo que hasta entonces era un requerimiento intraprosesal entre partes se convierte en una orden judicial que puede desembocar en tres consecuencias jurídicas para el demandado si no atiende el requerimiento: (i) las consecuencias en sentencia anteriormente reseñadas; (ii) la imposición de una multa por infracción de las reglas de buena fe procesal (art. 247.3 LEC); (iii) o, incluso, la posible imposición de una pena por la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad (art. 556 CP) en un proceso penal ulterior, aunque esta última eventualidad resulte más compleja.

En una situación transfronteriza, en que el destinatario del requerimiento está domiciliado en el extranjero, surge una cuestión importante en relación con la forma de efectuarlo y, por ende, de que pueda producir sus efectos: ¿debe el tribunal acudir a los mecanismos del Convenio de la Haya para canalizar el requerimiento de exhibición documental o basta con la comunicación del requerimiento al procurador de la parte destinataria?

Pues bien, atendiendo a las consecuencias jurídicas previstas por nuestra norma, lo cierto es que no debería ser necesario el auxilio de las autoridades británicas: se comunica el requerimiento a la parte a través de su procurador en el proceso, puesto que en ningún caso se requiere que el tribunal u otra clase de sujeto acceda al soporte material que almacena el archivo, sino que lo exigido es la aportación al proceso de una copia digital de la fotografía. Además, el artículo 333 LEC afirma que, si esa fotografía “se aporta de forma electrónica, las copias realizadas por medios electrónicos por la oficina judicial tendrán la consideración de copias auténticas”, no debiendo efectuarse ninguna labor de testimonio de los documentos por parte del LAJ.

La respuesta habría de ser diferente si nuestra LEC, frente al incumplimiento del deber de exhibición, hubiese previsto la práctica de una medida de investigación proporcional como la entrada y

registro en el lugar cerrado donde presumiblemente se halle el dispositivo (como sucede con algunas diligencias preliminares) y/o el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (al modo en que lo hace la LECrim). En tal caso, si se pretendiera hacer operativo ese desenlace, por considerarlo adecuado y proporcionado en el caso concreto, no habría más alternativa que la de solicitar el auxilio de las autoridades británicas a través de una comisión rogatoria prevista en el Convenio de la Haya, para que éstas, con los poderes y medios coercitivos que su derecho procesal prescriba, lleven a cabo una actuación equivalente y comuniquen los resultados a las autoridades españolas. En el momento presente, sin embargo, no se podría hacer uso de una comisión rogatoria de esta naturaleza, puesto que, de hacerse y practicarse conforme al derecho nacional inglés, la información obtenida sería constitutiva de una vulneración de derechos fundamentales del demandado que conduciría a la ilicitud de la prueba, debido a la vulneración de los estándares españoles –entre otros motivos, por ausencia de habilitación legal expresa–, y ello a pesar de que la legalidad británica se hubiese respetado escrupulosamente.

## 5. Las desventajas de la unilateralidad

32. Ahora bien, al margen de lo expuesto hasta ahora, no podemos olvidar que la información preparatoria o probatoria tiene que cruzar fronteras políticas para llegar al contexto reglado de un proceso concreto seguido en el extranjero: si hay una frontera involucrada, hay dos Estados soberanos, con posibles intereses contrapuestos en juego. Aunque los Estados involucrados no deberían tener un particular interés en el contenido de un litigio privado (salvo aquellos en los que exista un interés público subyacente), estos pueden considerar que la circulación transfronteriza de información y pruebas puede comprometer de un modo u otro su orden público, su seguridad, su soberanía o sus intereses económicos en el mundo, teniendo que poder decir algo al respecto e intervenir de un modo u otro.

33. Optar por una vía u otra, como decíamos, dependerá en última instancia de aquello que permita el ordenamiento procesal que rige en el foro (aunque un litigante informado también deberá tener en consideración la posibilidad de que la vía escogida pueda acabar constituyendo una causa de denegación de un *exequatur* de la sentencia que se obtenga, en caso de que se necesite la ejecución de algún pronunciamiento en el extranjero). No obstante, el problema que estamos analizando son los límites que quiera imponer el Estado en el que se halla la información. Y es que puede que ese Estado quiera controlar y conocer su transmisión y asegurarse de que no sólo no hay autoridades extranjeras ejerciendo actos de coacción directa sobre sujetos para que transmitan información en el seno de su territorio, sino de que tampoco están influyendo mediante coacciones indirectas a esas personas para adquirir la información. En suma, puede que un Estado no esté dispuesto a tolerar, si no existe un convenio mediante, la aplicación unilateral y extraterritorial de normas procesales que regulan la actividad de un tribunal extranjero que acabe teniendo incidencia en el comportamiento desplegado por personas en su territorio o sujetas a su jurisdicción. El mero hecho de no acudir a los canales institucionales de cooperación jurídica puede ser percibido como un ataque a su integridad e igualdad<sup>66</sup>, máxime cuando puede estar obteniéndose información sensible para los intereses soberanos del país.

34. Sea como fuere, la nota característica de la cooperación internacional institucional en materia de obtención de pruebas es la *bilateralidad*: las diligencias que se practiquen se efectuarán siempre, incluso en los sistemas de auxilio pasivo, con el conocimiento, autorización o control de las autoridades del Estado requerido (aunque sea porque han sido mecanismos previamente consensuados por los Estados involucrados, cuando una puesta en conocimiento previa no sea necesaria).

No debe subestimarse la importancia de esta nota de bilateralidad frente a los modos de adquisición de información con fines preparatorios o probatorios enunciados estrictamente unilaterales. La bilateralidad da la posibilidad del Estado en el que se halla la información de limitar o establecer las

<sup>66</sup> HCCH, *Le caractère obligatoire ou non de la convention preuves établie par le Bureau Permanent*, Doc. Prél. No. 10, 2008, § 47.

condiciones del acceso a la información para su utilización en un proceso seguido ante una autoridad extranjera. En los canales institucionales de cooperación, quien asume la tarea de ponderar si la práctica de la actuación (en abstracto o en concreto) puede comprometer los intereses soberanos de un país son las autoridades del mismo. En los sistemas de auxilio activo, con excepción del previsto por el Derecho de la UE<sup>67</sup>, se encuentren diseñados en normas convencionales o normas autónomas, es extremadamente frecuente localizar la presencia de motivos de denegación de la solicitud de cooperación en la obtención de pruebas fundamentados en la posibilidad de que su ejecución atente contra el orden público del Estado requerido, su seguridad, su soberanía, e incluso, a veces, sus intereses públicos y sociales. Es más, todos los convenios bilaterales suscritos por el Reino de España con terceros países fuera de la UE contienen artículos con el anterior tenor<sup>68</sup>; el Convenio de la Haya de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil así lo prevé en su artículo 12.b); y nuestra Ley 20/2015, de cooperación jurídica internacional también recoge como motivo de denegación la vulneración del orden público en su artículo 14.1.a). Este tipo de cláusulas para legitimar la denegación de cooperación no son exclusivas de los sistemas de auxilio activo, sino que también pueden localizarse en sistemas de auxilio pasivo. El artículo 19.6.c.) del Reglamento europeo prevé como motivo de denegación de una solicitud de obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente la vulneración de los “principios fundamentales del Derecho de su Estado miembro”.

A su vez, las normas que regulan la obtención de información en el extranjero suelen incorporar técnicas para asegurarse de que el tribunal que vaya a ejecutar la diligencia contemple tanto las inmunidades probatorias del Estado requirente como las del Estado requerido.<sup>69</sup> A título ejemplificativo, puede reseñarse el artículo 32.1 de nuestra Ley 29/2015, de 39 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil que señala que: “En cualquier caso, la prueba no se practicará cuando la persona designada justifique su negativa en una exención o una prohibición de declarar o aportar documentos, establecida o reconocida por la ley española o por la ley del Estado requirente”.

**35.** En cambio, cuando el tribunal de un Estado actúa de forma unilateral, el Estado en el que se halla la información se encuentra expuesto y vulnerable, al no haber tenido la posibilidad de participar en una norma en la que ponga límites o los levante en función del grado de confianza mutua entre los Estados involucrados. De esta vulnerabilidad nace el celo de algunos Estados a través de las llamadas

<sup>67</sup> M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/20001, de 28 de mayo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 95-96.

<sup>68</sup> A continuación, ofrezco una reseña de los artículos relevantes en los convenios bilaterales celebrados por España. El convenio celebrado entre España y la República de Mauritania prevé en su artículo 6 que “la asistencia judicial será rechazada si la Parte requerida considera que ésta puede atentar contra la soberanía, la seguridad o el orden público de su país”. El celebrado con Argelia prevé exactamente lo mismo. En el convenio con la República Dominicana, el artículo 14.1.c) señala que “la parte requerida considere que la ejecución de la comisión rogatoria sería contraria al orden público o iría en detrimento de su soberanía o seguridad” puede denegar la solicitud. En el celebrado con la República de Túnez, el artículo 11.1 preceptúa que “la autoridad requerida podrá negarse a ejecutar una comisión rogatoria cuando ésta pueda atentar contra la soberanía, seguridad u orden público del Estado en que deba tener lugar la ejecución”. El artículo 15.1.c) de aquel firmado y ratificado con Tailandia tiene el siguiente tenor literal: “La Parte requerida considere que la ejecución de la comisión rogatoria sería contraria al orden público o iría en detrimento de su soberanía o seguridad” podrá denegar la solicitud. Del mismo modo, en el artículo 14 del convenio con Marruecos se puede leer que: “La autoridad requerida podrá denegar la ejecución de una comisión rogatoria, si (...) fuera de tal naturaleza que pudiera perjudicar su soberanía, su seguridad o su orden público”. En el caso del tratado con China, el artículo 5 afirma que “la Parte requerida puede denegar la ejecución de la solicitud de la asistencia judicial si a su juicio puede atentar a su soberanía, seguridad, orden público, intereses públicos y sociales”; el artículo 11 del tratado con Rusia que “la asistencia jurídica podrá denegarse cuando la Parte requerida considere que dicho cumplimiento podría menoscabar su soberanía, poner en peligro su seguridad o infringir principios básicos de su ordenamiento jurídico.”; el artículo 8 del convenio celebrado con Brasil que: “la ejecución de las comisiones rogatorias no podrá ser rehusada más que si (...) fuese susceptible de atentar a la soberanía o a la seguridad del Estado requerido”; el artículo 22 del convenio celebrado con Uruguay que “el auxilio judicial previsto (...) sólo podrá denegarse cuando el Estado requerido estime que: a) la actividad que se pretende es contraria al orden público”. Finalmente, el artículo 8.f.3 del convenio celebrado con el Reino Unido prevé que “sólo podrá declinarse el cumplimiento de los exhortos: (...) si la Alta Parte Contratante en cuyo territorio haya de efectuarse la prueba la considera atentatoria a su soberanía o seguridad”.

<sup>69</sup> Al respecto, podrán consultarse las interesantes consideraciones efectuadas en la tercera parte de G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Inmunidades procesales en materia probatoria. La exclusión y la protección de la información confidencial en el proceso civil*, (inédito, en prensa).

normas de bloqueo: estas nacen como una reacción destinada a afirmar una determinada concepción de los límites al ejercicio extraterritorial de la soberanía. Examinemos estas normas.

### III. Las normas de bloqueo: una concepción distinta de los límites impuestos por la soberanía en la obtención transfronteriza de información

#### 1. Concepto, finalidad y naturaleza jurídica

36. Una norma de bloqueo es, en términos generales, una técnica destinada a contrarrestar o neutralizar los efectos de una determinada norma, decisión o actuación de una autoridad extranjera con efecto extraterritorial que se considera perjudicial para los intereses del Estado del que emana la norma de bloqueo o atentatoria de su soberanía. Dicho de otra manera, se trata de “un acto normativo nacional cuyo objetivo es neutralizar el supuesto alcance indebido de una ley extranjera que amplía la competencia de ejecución de un Estado más allá de cualquier título de competencia reconocido en virtud de las normas de derecho internacional público general”.<sup>70</sup>

Este alcance extraterritorial indebido, o percibido como tal, puede darse en una miríada de materias y responder a diversas formas de conducta por parte de un Estado extranjero.<sup>71</sup> En este trabajo, sólo nos referiremos a las normas de bloqueo frente a la obtención de información preparatoria o probatoria en el extranjero para su adquisición en un proceso civil. Desde esta perspectiva particular, una norma de bloqueo es aquella que pretende evitar que se adquiera información en su territorio de forma unilateral, evitando los mecanismos institucionales de cooperación jurídica internacional de obtención de pruebas –en gran medida porque se presume que el recurso a esos mecanismos impedirá la prestación de la cooperación o la limitará–. En este sentido, es una norma que parte de una determinada concepción de los límites en el comportamiento legítimo que pueden desplegar las partes actuales o futuras de un litigio o el tribunal que conoce del mismo para obtener información en un territorio distinto del Estado en el que se halla el tribunal.

37. Pero al margen del componente teleológico de la norma de bloqueo, es preciso resaltar que la naturaleza jurídica de estas normas es sancionadora: se trata, bien de normas de derecho penal, bien de derecho administrativo sancionador. En términos generales, se impone la obligación a las “empresas, particulares o administraciones nacionales de ignorar dicha ley [extranjera], así como cualquier acción de ejecución extranjera basada en ella”<sup>72</sup>, bajo amenaza de imposición de una sanción (*non-compliance clause*). Por tanto, centrándonos en la especie concreta de norma de bloqueo que nos interesa en este trabajo, puede afirmarse que se trata de una norma que “prohíbe la transmisión de documentos u otra clase de pruebas [*evidence*] localizadas en el país que aprueba la norma a otros Estados para los fines propios del proceso seguido en el extranjero [*purposes of foreign litigation*]”.<sup>73</sup> O, para ser más precisos, son normas que prohíben a los sujetos requeridos por un tribunal extranjero - u otra clase de autoridad o funcionario público- o por un particular -actúe o no como delegado del tribunal- en el contexto de un

<sup>70</sup> D. VENTURA, “Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions”, en C. BEAUCILLON, *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2011, p. 221, traducción propia.

<sup>71</sup> El lector puede encontrar el examen más completo y reciente sobre las normas de bloqueo como técnica normativa que pretende erigirse como contramedida frente a una miríada de formas de aplicación extraterritorial de la soberanía de los Estados en M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolgungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024.

<sup>72</sup> D. VENTURA, “Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions”, en C. BEAUCILLON, *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2011, p. 221, traducción propia.

<sup>73</sup> M.J. HODA, “The Aérospatiale Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It.”, *California Law Review*, vol. 106, núm. 1, 2018, p. 234, traducción propia.

proceso seguido en el extranjero aportar, compartir o transmitir la información situada fácticamente en el territorio del Estado que dicta la norma, si el requerimiento no se ha efectuado por uno de los canales de cooperación jurídica internacional regulados en los convenios internacionales o en las normas de derecho autónomo, bajo la amenaza de la imposición de una sanción administrativa o penal.

38. Aunque sean normas eminentemente sancionadoras, es habitual que el instrumento que recoge las prohibiciones tenga un mayor grado de complejidad, incluyendo otras obligaciones, como la de comunicar a una autoridad del Estado-bloqueante la existencia de tal requerimiento o la previsión de instrumentos de compensación frente a los perjuicios causados por la actuación extraterritorial de la autoridad extranjera, llamadas *claw-back provisions*.

39. De esta forma, puede afirmarse que una norma de bloqueo pretende *torcer el brazo* de una autoridad extranjera, *poniendo entre la espada y la pared* a la persona sujeta a la norma sancionadora emanada del Estado bloqueante. Lo que se traduce, en lo que a nosotros nos interesa, en que son normas que pretenden forzar que los tribunales extranjeros empleen los instrumentos de cooperación jurídica internacional en materia de obtención de pruebas, por la vía de prohibir el cumplimiento de cualquier colaboración de un particular con ellos, a través de una amenaza penal lo suficientemente fuerte como para motivar su comportamiento en una dirección particular. Volveremos sobre esto posteriormente. Ahora reseñemos tres normas de bloqueo: la francesa, la inglesa y la suiza.

## 2. Exposición de las normas de bloqueo francesa, inglesa y suiza

40. Dada la inexistencia de una norma de esta naturaleza *en esta materia* en el ordenamiento jurídico español<sup>74</sup>, es preciso ilustrar al lector con algunos ejemplos, a fin de que tenga en mente qué tipo de contenido puede poseer. Será la ocasión para destacar ciertos puntos de heterogeneidad en la puesta en práctica de esta técnica, así como el diverso alcance de estas normas.<sup>75</sup>

41. Debe hacerse una precisión inicial: no debe confundirse esta técnica con las órdenes gubernamentales de no cooperación con las autoridades de un país. Recordemos, por ejemplo, que el artículo 3.2 de nuestra LCJI contempla esta última posibilidad:

“Pese a no exigirse reciprocidad, el Gobierno podrá, mediante real decreto, establecer que las autoridades españolas no cooperarán con las autoridades de un Estado extranjero cuando exista una denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestarla por las autoridades de dicho Estado”.

Este precepto no representa la técnica empleada en una norma de bloqueo o de *aiguillage*, pues estas últimas no regulan el comportamiento de autoridades, sino el de particulares – ya tendremos ocasión de insistir en esto último. La suspensión o el cese de la cooperación jurídica internacional con un Estado presupone el marco de una cooperación institucional; las técnicas que estudiaremos presuponen, en cambio, que ese marco no se está empleando. Las normas de bloqueo nacen ahí donde un Estado quiere forzar a los tribunales del resto de Estados a que cuando quieran obtener fuentes de prueba localizadas en su territorio, se vean forzados a acudir a los mecanismos de cooperación jurídica internacional, ya que, de otra forma, su soberanía se estaría viendo vulnerada – o así lo entienden. Al hacerlo, realmente lo que buscan no es que se respeten los mecanismos institucionales, sino asegurarse el control sobre el flujo de información, porque en realidad aspiran a poder denegar la transmisión.

<sup>74</sup> Véase la nota 35.

<sup>75</sup> Para un examen de derecho comparado sobre la cuestión relativamente reciente puede consultarse, VV.AA., *Le droit de l'administration de la preuve et les lois de blocage aux Etats-Unis, en Allemagne, en Angleterre et au Pays de Galles, en Belgique et au Canada (Québec)*, Rapport de Recherche, Ministère de la Justice, 2020.

**A) La loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères**

42. La llamada ley de bloqueo o de “encarrilamiento” francesa sirve de ejemplo sencillo para entender la creación de normas *ad hoc* que pretenden bloquear la transmisión de información sensible para los intereses soberanos de un país en un proceso seguido en el extranjero, si no se utilizan los cauces institucionales de la cooperación jurídica internacional.<sup>76</sup> Esta ley cuenta con cuatro preceptos que indican lo siguiente.

En primer lugar, los artículos 1 y 1 bis tipifican los comportamientos prohibidos. En el artículo 1 se preceptúa lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo establecido en los tratados o los acuerdos internacionales, se prohíbe a toda persona física de nacionalidad francesa o que resida habitualmente en el territorio francés, o a todo administrador, representante, agente o responsable de una persona jurídica que tenga su domicilio social en él, transmitir a una autoridad pública extranjera por escrito, oralmente o de cualquier otra forma y en cualquier lugar, los documentos o informaciones de orden económico, comercial, industrial, financiero o técnico cuya transmisión pueda atentar contra la soberanía, la seguridad o los intereses económicos esenciales de Francia o a su orden público, precisados por la autoridad administrativa según sea necesario”.<sup>77</sup>

El artículo 1 bis, por su parte, señala lo siguiente:

“Sin perjuicio de los tratados o acuerdos internacionales y de las leyes y reglamentos en vigor, se prohíbe a cualquier persona requerir, buscar o transmitir por escrito, oralmente o de cualquier otra forma, los documentos o informaciones de orden económico, comercial, industrial, financiero o técnico tendentes a ser utilizados como prueba en procesos judiciales o administrativos extranjeros presentes o futuros”.<sup>78</sup>

El artículo 2 establece el deber de comunicar al ministerio competente cualquier requerimiento de transmisión de los anteriores documentos o informaciones. Finalmente, el artículo 3 establece que “sin perjuicio de penas más graves previstas por la ley, toda infracción de las disposiciones de los artículos 1 y 1 bis de la presente ley será castigada con una pena de prisión de seis meses y una multa de 18.000 euros o con una sola de esas dos penas”.

43. LENOIR destaca cómo la remisión a posibles penas más graves supone la voluntad del legislador francés de hacer referencia a los artículos del código penal común en protección del secreto profesional, los secretos industriales o los secretos relativos a la seguridad nacional. En consecuencia, la primera característica de una norma de bloqueo consiste en que amplía el paraguas de protección más allá de los secretos habitualmente protegidos por las normas penales, ya que, “sin duda, en los intereses económicos de las empresas, también pueden estar en juego los intereses de un país”.<sup>79</sup> De esta forma, si atendemos al contenido del artículo 1 bis podemos observar que el bien jurídico protegido por el delito no es el derecho de defensa, el orden socioeconómico o la seguridad nacional, sino, más bien, unas ordenadas relaciones en la cooperación internacional conforme a la visión francesa del derecho internacional público. Cualquier sujeto que se desvíe de los canales institucionales diseñados en normas convencio-

<sup>76</sup> Véase, N. LENOIR, “Transmission de preuves à l'étranger et protection de la souveraineté économique de la France. À propos de l'application de l'article 2 de la loi de blocage ou d'aiguillage”, *La Semaine Juridique*, núm. 15, 2022, pp. 766-768. Esta norma se encuentra desarrollada por dos normas reglamentarias. Por una parte, el *Decret n°2022-207 du 18 février 2022* y, por otra, por el *Arrêté du 7 mars 2022*.

<sup>77</sup> Traducción propia.

<sup>78</sup> Traducción propia. LENOIR reseña que este precepto se introdujo en 1980 para “proteger a las sociedades francesas llamadas a contestar interminables interrogatorios de abogados extranjeros que buscaban acumular pruebas contra dichas sociedades, muchas veces, de hecho, competidoras de las empresas que esos abogados representaban”. N. LENOIR, “Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité”, *Rfda*, mayo-junio 2014, p. 489.

<sup>79</sup> N. LENOIR, “Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité”, *rfda*, mayo-junio 2014, p. 490.



nales, europeas o autónomas francesas es susceptible de estar incurriendo en ese delito, sin perjuicio de que se aplique un concurso de normas en caso de que la información que se acabe revelando por esa vía tuviese una naturaleza especialmente protegida por las normas penales francesas.

## B) Artículos 2 y 3 de la *U.K. Protection of Trading Interests Acts 1980*

44. La norma que se reseña a continuación constituye un buen ejemplo de una norma de bloqueo multifacética, abordando amenazas variadas a través de respuestas heterogéneas: esta norma pretende afrontar la aplicación extraterritorial de leyes que afecten a personas bajo la jurisdicción británica, las solicitudes de *discovery* extranjeras que puedan afectar a los intereses soberanos del Reino Unido y las sentencias condenatorias a *multiple damages* a sujetos británicos en el extranjero.<sup>80</sup> Ello es así porque el origen de la norma se sitúa en la respuesta al asunto *Westinghouse Uranium Litigation* conocido por los tribunales norteamericanos en la década de los setenta, siendo este asunto un ejemplo clásico de la aplicación extraterritorial de la legislación *antitrust* norteamericana.<sup>81</sup> Dicho lo cual, nos centraremos únicamente en los dos preceptos relevantes para el objeto de este estudio: los artículos 2 y 3.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Véase a este respecto, J.P. ROSEN, “The Protection of Trading Interests Act”, *International Lawyer*, vol. 15, núm. 2, 1981, pp. 213-229; A.V. LOWE, “Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980”, *The American Journal of International Law*, vol. 75, núm. 2, 1981, pp. 257-282.

<sup>81</sup> R.A. BRAND, *International Business Transactions fundamentals*, 2ª ed., Wolters Kluwer, Aalphen aan den Rijn, 2019, p. 499.

<sup>82</sup> “2 Documents and information required by overseas courts and authorities.

(1) If it appears to the Secretary of State—

(a) that a requirement has been or may be imposed on a person or persons in the United Kingdom to produce to any court, tribunal or authority of an overseas country any commercial document which is not within the territorial jurisdiction of that country or to furnish any commercial information to any such court, tribunal or authority; or

(b) that any such authority has imposed or may impose a requirement on a person or persons in the United Kingdom to publish any such document or information,

the Secretary of State may, if it appears to him that the requirement is inadmissible by virtue of subsection (2) or (3) below, give directions for prohibiting compliance with the requirement.

(2) A requirement such as is mentioned in subsection (1)(a) or (b) above is inadmissible—

(a) if it infringes the jurisdiction of the United Kingdom or is otherwise prejudicial to the sovereignty of the United Kingdom; or

(b) if compliance with the requirement would be prejudicial to the security of the United Kingdom or to the relations of the government of the United Kingdom with the government of any other country.

(3) A requirement such as is mentioned in subsection (1)(a) above is also inadmissible—

(a) if it is made otherwise than for the purposes of civil or criminal proceedings which have been instituted in the overseas country; or

(b) if it requires a person to state what documents relevant to any such proceedings are or have been in his possession, custody or power or to produce for the purposes of any such proceedings any documents other than particular documents specified in the requirement.

(4) Directions under subsection (1) above may be either general or special and may prohibit compliance with any requirement either absolutely or in such cases or subject to such conditions as to consent or otherwise as may be specified in the directions; and general directions under that subsection shall be published in such manner as appears to the Secretary of State to be appropriate.

(5) For the purposes of this section the making of a request or demand shall be treated as the imposition of a requirement if it is made in circumstances in which a requirement to the same effect could be or could have been imposed; and

(a) any request or demand for the supply of a document or information which, pursuant to the requirement of any court, tribunal or authority of an overseas country, is addressed to a person in the United Kingdom; or

(b) any requirement imposed by such a court, tribunal or authority to produce or furnish any document or information to a person specified in the requirement, shall be treated as a requirement to produce or furnish that document or information to that court, tribunal or authority.

(6) In this section “commercial document” and “commercial information” mean respectively a document or information relating to a business of any description and “document” includes any record or device by means of which material is recorded or stored.”

“3 Offences under ss. 1 and 2.

(1) Subject to subsection (2) below, any person who without reasonable excuse fails to comply with any requirement imposed under subsection (2) of section 1 above or knowingly contravenes any directions given under subsection (3) of that section or section 2(1) above shall be guilty of an offence and liable—

45. Esta norma otorga al Secretario de Estado el poder de intervenir cuando se exija por una autoridad judicial extranjera (o bajo su amparo) aportar documentos o información comercial a una persona en el Reino Unido, cuando la información no se encuentre presente en el territorio del foro. En este sentido, el artículo 2 prevé que si el Secretario de Estado considera que el requerimiento judicial pudiese afectar a la soberanía del Reino Unido, infringir su jurisdicción, comprometer su seguridad o perjudicar el estado de sus relaciones internacionales, puede emitir instrucciones para prohibir el cumplimiento del requerimiento. Estas instrucciones pueden ser generales o referirse a un caso en particular. En ellas se pueden contener instrucciones específicas para cumplir con el requerimiento de la autoridad judicial extranjera o, directamente, establecer la prohibición total o parcial de cooperar con ella. El artículo 3 regula el régimen sancionatorio para los sujetos que incumplan las instrucciones emitidas al amparo de lo explicado: cualquier sujeto que, conscientemente, contravenga lo dispuesto en dichas instrucciones podrá ser castigado con la imposición de una multa. No obstante, las personas físicas que no sean ciudadanas británicas y las personas jurídicas que no estén constituidas en ese país no son susceptibles de responder penalmente por la infracción de las instrucciones emitidas por el Secretario de Estado.

46. Esta norma presenta varias diferencias significativas respecto de la norma francesa: mientras que en la norma francesa la prohibición es, de entrada, general, debiéndose comunicar a la autoridad del poder ejecutivo competente el requerimiento para que éste pueda acompañar al requerido, en el caso inglés la prohibición de exhibición de documentos e información sólo existirá en caso de que el poder ejecutivo, a través de la Secretaría de Estado, así lo determine de forma discrecional.<sup>83</sup> Además, la prohibición sólo puede ser acordada con base en unos fundamentos tipificados claramente dirigidos a la protección de los intereses soberanos británicos.

### C) El artículo 271 del Código Penal suizo

47. Por último, quisiera destacar un tercer ejemplo de norma que ha sido explícitamente considerada de bloqueo, pero que no se erige como una norma *ad hoc*, sino que se inscribe en el seno del propio código penal. Este es el caso del artículo 271.1 del código penal suizo, situado en el título relativo a los crímenes o delitos contra el Estado y la seguridad nacional. Este es el tenor literal de la norma:

“Actos ejecutados sin justo título [*sans droit*] para un Estado extranjero.

Art. 271.

1.- Cualquiera que, sin estar autorizado, ejerza actos de autoridad pública en territorio suizo por cuenta de un Estado extranjero; cualquiera que realice tales actos en nombre de un partido extranjero o de otra organización extranjera; cualquiera que favorezca dichos actos, será castigado con una pena de privación de libertad de máximo tres años o de una pena de multa y, en los casos graves, con una pena de privación de libertad que no podrá ser inferior a un año”.

---

(a) on conviction on indictment, to a fine;

(b) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum.

(2) A person who is neither a citizen of the United Kingdom and Colonies nor a body corporate incorporated in the United Kingdom shall not be guilty of an offence under subsection (1) above by reason of anything done or omitted outside the United Kingdom in contravention of directions under section 1(3) or 2(1) above.

(3) No proceedings for an offence under subsection (1) above shall be instituted in England, Wales or Northern Ireland except by the Secretary of State or with the consent of the Attorney General or, as the case may be, the Attorney General for Northern Ireland.

(4) Proceedings against any person for an offence under this section may be taken before the appropriate court in the United Kingdom having jurisdiction in the place where that person is for the time being.”

<sup>83</sup> A.V. LOWE, “Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980”, *The American Journal of International Law*, vol. 75, núm. 2, 1981, p. 276.

### 3. Fundamentos de las normas de bloqueo

48. Las normas de bloqueo encuentran su fundamento en una doble consideración: (i) por una parte, postulan que la obtención de información destinada a incorporarse en un proceso extranjero al margen de los canales bilaterales de cooperación constituye en sí una violación de su soberanía; (ii) por otra parte, son una toma de conciencia de que cierta información merecedora de protección conforme al ordenamiento de un Estado puede quedar desprotegida en un proceso judicial en el extranjero como consecuencia de no poder haber activado los mecanismos de protección previstos en las normas de cooperación jurídica internacional.

49. El primer fundamento de la norma de bloqueo se apoya, a su vez, en una doble consideración: por una parte, presupone entender que condicionar el comportamiento de sujetos en su territorio para que aporten información siguiendo las instrucciones de una autoridad extranjera es una extensión extraterritorial de las competencias soberanas más allá de todo título permitido por el derecho internacional; por otra, al no pasar por los canales consensuados se priva al Estado en el que se encuentra la fuente de prueba de la posibilidad de realizar distintas actividades instrumentales: “controlar la legalidad de la medida con respecto al derecho de la autoridad requirente, la existencia de un proceso en curso o futuro que justifique la recopilación de material probatorio, el vínculo entre los elementos requeridos y el proceso en curso o futuro, los riesgos de vulnerar la soberanía o la seguridad del Estado o la compatibilidad de los elementos requeridos con nuestro derecho interno”.<sup>84</sup>

50. El segundo fundamento trae causa del miedo de los Estados que aprueban una norma de esta naturaleza a los flujos de información descontrolados.<sup>85</sup> Sobre todo, si ese flujo de información puede acabar en manos de competidores extranjeros de sus empresas nacionales o de otros sujetos que pueden estar haciendo un ejercicio abusivo e instrumental del proceso en el extranjero para la obtención de datos que no podrían obtener de otro modo en detrimento de sujetos de la nacionalidad del Estado-bloqueante y de sus estrategias de proyección económica o militar en el mundo. Puede darse el caso de que la información que se pretende transmitir o producir para los fines propios de un proceso seguido en el extranjero no sólo sea relevante para las partes contendientes de cara a definir alegaciones o probarlas en el proceso, sino que pueda ser calificada como sensible para los intereses soberanos o económicos del país o su orden público y, por tanto, no pueda viajar o deba hacerlo en condiciones muy particulares.

Y es que, como se dice popularmente, el conocimiento es poder: *scientia potentia est*. Poder para actuar en el mercado, poder en las relaciones geopolíticas, poder para fines de utilidad social; da igual. Conscientes de ello, la totalidad de los ordenamientos jurídicos del mundo protegen cierta información y limitan su transmisión o su publicidad: se garantiza una cierta distribución asimétrica del acceso a la información. Si se quiere engrasar la maquinaria de un mercado competitivo, se deberán proteger los secretos empresariales<sup>86</sup>; si se quiere garantizar el desarrollo de una vida plena de los individuos, habrá que proteger ciertas esferas de su intimidad<sup>87</sup>; si se quiere garantizar la integridad de un Estado, deberán permanecer fuera del alcance del público la información clasificada como secreto de Estado u oficial<sup>88</sup> o deberán calificarse ciertas patentes como de “interés para la defensa nacional”<sup>89</sup>. Cada ordenamiento jurídico define a través de normas materiales la información que desea que sea calificada como protegida,

<sup>84</sup> R. GAUVAIN/ C. D'URSO/ A. DAMAIS/ S. JEMAI, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Assemblée Nationale, París, 2019, p. 33.

<sup>85</sup> N. LENOIR, “Transmission de preuves à l'étranger et protection de la souveraineté économique de la France. À propos de l'application de l'article 2 de la loi de blocage ou d'aiguillage”, *La Semaine Juridique*, núm. 15, 2022, p. 766.

<sup>86</sup> Véase al respecto, F. GASCÓN INCHAUSTI, “Las medidas para la protección de los secretos empresariales en el proceso civil: el problema de su efectividad”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 10, 2024, pp. 9-58.

<sup>87</sup> Protegidas por el artículo 18 de nuestra Constitución y por el artículo 8 CEDH.

<sup>88</sup> Véase, por ejemplo, nuestra Ley 9/1968, de 5 abril, de secretos oficiales.

<sup>89</sup> Véanse, a título ejemplificativo, los arts. 111 ss. de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

confidencial o secreta y preverá un concreto régimen de consecuencias civiles o sancionadoras frente a su uso indebido.

Ahora bien, éstas no son siempre suficientes para evitar su incorporación en un proceso extranjero. Cada sistema procesal establece su propio sistema de exclusión o protección de información materialmente secreta o confidencial<sup>90</sup>. El problema es que las normas procesales de protección o exclusión de ciertos contenidos informativos no son uniformes internacionalmente y no existen garantías, además, de que un Estado extranjero no acabe aplicando también su legislación material para calificar el carácter revelable, o no, de esa información. En este sentido, se puede generar una doble disparidad: una primera relativa a la calificación de la información como confidencial o secreta conforme a las normas de un país y una segunda, relativa a la protección procesal dispensada por dos Estados que puede determinar la obligatoriedad de producir y desvelar información materialmente protegida por uno de ellos.

**51.** En términos generales, puede afirmarse que, cuando la obtención de pruebas en el extranjero se realiza mediante un canal institucional de cooperación, los instrumentos diseñados para la protección de información sensible parecen suficientes y satisfactorios para preservar aquella información que pueda afectar a los intereses soberanos de un Estado. No obstante, el problema no está resuelto cuando la obtención de información o fuentes de prueba se realiza sin pasar por los canales de la cooperación jurídica institucional, máxime cuando ésta se realiza como consecuencia de: (i) las obligaciones de cooperación *en el seno del proceso* entre las partes generadas por las normas procesales del foro, como en el caso del *discovery* norteamericano<sup>91</sup>; (ii) de un requerimiento judicial con consecuencias jurídicas negativas en el proceso o sancionadoras en caso de incumplimiento por el requerido, ya sea una de las partes o un tercero; (iii) o, más genéricamente, de la necesidad de defenderse del demandado, sobre todo cuando el proceso se siga ante un tribunal cuya competencia internacional se atribuya con base en criterios “laxos” o poco habituales.<sup>92</sup>

Hay formas de obtener fuentes de prueba que, al menos hipotéticamente, someten a una mayor vulnerabilidad a los Estados. Máxime si atendemos, por ejemplo, a cómo los tribunales norteamericanos han tendido a despreciar las normas materiales sancionadoras en caso de revelación de información secreta conforme al ordenamiento de países extranjeros, invocadas por litigantes o terceros para negarse a cumplir con un requerimiento de *discovery*. La excepción de *foreign sovereign compulsion*<sup>93</sup> fundamentada en la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal en el país en el que se halla la información no ha sido especialmente eficaz para evitar la transmisión de la información (o, en caso de perseverar en la negativa, de exponerse a sanciones por los tribunales norteamericanos).<sup>94</sup>

**52.** Ambas perspectivas suponen considerar la protección de la soberanía, de alguna manera, como un *fin en sí mismo*: los Estados buscan protegerse frente a comportamientos que consideran intolerables desde su concepción de los límites impuestos *-rectius*, que deberían ser impuestos- por el derecho internacional público en la actuación extraterritorial de poderes públicos en el marco de un proceso judicial que verse sobre materia civil o mercantil. Pero también, y probablemente de esta fuente nazca la

<sup>90</sup> Véase la distinción entre inmunidades procesales de exclusión e inmunidades procesales de protección efectuada en G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Inmunidades procesales en materia probatoria. La exclusión y la protección de la información confidencial en el proceso civil*, (en prensa).

<sup>91</sup> Véanse las interesantes consideraciones efectuadas sobre los deberes de cooperación en el *discovery* efectuadas en L. BACHMAIER WINTER, *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid, 1994, pp. 43 ss.

<sup>92</sup> Como sucede con algunos criterios para ejercer la *personal jurisdiction* en los Estados Unidos, como, por ejemplo, la *transient jurisdiction* norteamericana. Al respecto véanse S. DODSON, “Personal Jurisdiction in Comparative Context”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 701, 2021, pp. 711 ss.; y W.S DODGE/ S. DODSON, “Personal Jurisdiction and Aliens”, *Michigan Law Review*, vol. 116, núm. 7, 2018.

<sup>93</sup> Véase D.J. WALLACE/ J.P. GRIFFIN, “The Restatement and Foreign Sovereign Compulsion: A Plea for Due Process”, *International Lawyer*, vol. 23, núm. 3, 1989, pp. 593-604.

<sup>94</sup> Al respecto, véase G. SANT., “Court-Ordered Law Breaking: U.S. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law”, *Brooklyn Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2015, pp. 181-238 y M.J. HODA, «The Aerospace Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It», *California Law Review*, vol. 106, núm. 1, 2018, pp. 231-261.

verdadera razón de ser de este tipo de normas, un país que decide aprobar una norma de bloqueo lo hace ante la perspectiva de la multitud de riesgos que supone la evitación de los mecanismos de cooperación jurídica internacional, sobre todo, cuando entre la cultura procesal de ambos países existe un profundo abismo. Acudir a los mecanismos consensuados supone permitir que las autoridades designadas puedan efectuar un control que consideran suficiente para que la distinta concepción entre los deberes de exhibición procesal de información no sea utilizada como un instrumento en detrimento, bien de los intereses del litigante, bien de los intereses nacionales.<sup>95</sup> En este sentido, una norma de bloqueo encuentra principalmente su razón de ser en el cisma entre los sistemas de *discovery* o *disclosure* de los sistemas de *Common Law* y los sistemas de acceso a fuentes de prueba continentales, aunque poco a poco se vaya viendo un acercamiento desde ambas partes. Si el *discovery* norteamericano es la joya de la corona de su sistema procesal y ha sido el medio para obtener la victoria en numerosos litigios de gran interés social, también supone la oportunidad para ahogar económicamente y, casi literalmente, en información al oponente. Sus costes y el amplísimo marco de las actividades asociadas al *discovery* pueden utilizarse con facilidad de forma abusiva.

#### 4. “Torcer el brazo” de los tribunales extranjeros “poniendo entre la espada y la pared” a la parte o al tercero

53. Las normas de bloqueo buscan “torcer el brazo” de los tribunales extranjeros a fin de que se vean compelidos a acudir en el futuro a los mecanismos de cooperación jurídica internacional.<sup>96</sup> En este sentido, se habla también en francés de norma de *aiguillage*, que podemos traducir como norma de “encarrilamiento”: se busca que los tribunales extranjeros sigan el camino deseado por el Estado que aprobó dicha norma. Pero las normas de bloqueo persiguen “torcer el brazo” de las autoridades extranjeras no de cualquier manera, sino poniendo “entre la espada y la pared” al sujeto al que se requiere que exhiba, transmita o comparta la información, de tal forma que su situación tenga que ser un elemento a ponderar por el tribunal extranjero antes de acceder a la obtención unilateral de fuentes de prueba situadas en el extranjero.

54. Las normas de bloqueo tienen, por tanto, un destinatario directo y un destinatario virtual.<sup>97</sup> El destinatario directo es la persona sometida a la jurisdicción del Estado que dicta la norma de bloqueo al que se le imponen prohibiciones y obligaciones que deberá cumplir. No obstante, si atendemos a la finalidad y a los efectos esperados por estas normas, el destinatario virtual es el tribunal del Estado extranjero. Se trata de influir indirectamente en las decisiones de las autoridades judiciales extranjeras por la vía de generar un gravamen en los particulares afectados por la norma de bloqueo, a fin de que modifique su decisión en lo relativo a la obtención de información preparatoria o probatoria en el extranjero, reiterando la solicitud por los mecanismos de cooperación internacional o no imponiendo ningún tipo de sanción (material o procesal) según las normas de su foro al sujeto requerido por su incumplimiento con base en el riesgo de incurrir en la responsabilidad penal o administrativo-sancionadora impuesta por la norma de bloqueo.<sup>98</sup>

Se busca externalizar en las personas requeridas el control del respeto de la soberanía de su territorio y de su jurisdicción, siendo de esta forma, una suerte de norma de *compliance* para los sujetos afectados. Esta técnica de control es peliaguda en la medida en que se configura como un resorte en el que se instrumentaliza a los nacionales o residentes de un territorio en pro de intereses colectivos, ahí donde la diplomacia no es capaz de reencauzar por las vías ordinarias de cooperación a las autoridades de los dos países involucrados.

<sup>95</sup> M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 96.

<sup>96</sup> N. LENOIR, “Le droit de la preuve à l’heure de l’extraterritorialité”, *rfda*, mayo-junio 2014, pp. 487.

<sup>97</sup> M., GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 86: “Während die Adressaten eines Blocking Statutes private Akteure sind, richten sie sich in der Sache gegen einen anderen Staat”.

<sup>98</sup> M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 121.

55. Ahora bien, para lograr lo anterior, y como decíamos, se pone “entre la espada y la pared” a los destinatarios directos de la norma<sup>99</sup>: estos deben optar entre cumplir el requerimiento de una autoridad extranjera, asumiendo el riesgo de que se les imponga una sanción con base en la norma de bloqueo, o cumplir con la norma de bloqueo y asumir las posibles consecuencias sancionadoras previstas en el ordenamiento de la autoridad requirente o las consecuencias jurídicas negativas para su posición en el proceso.

56. Estas normas de bloqueo producen sus efectos de forma óptima si logran servir de fundamento para una alegación del requerido que pueda ser atendida por la autoridad requirente para no aportar la información, como consecuencia del riesgo al que se expone, de tal forma que la autoridad requirente libere al sujeto requerido de sus obligaciones. En cambio, conducen a un resultado subóptimo, si se logra el objetivo de no comunicar piezas de convicción, documentos o información, pero a costa de los intereses del requerido en el proceso seguido ante la autoridad requirente. Es decir, la amenaza de sanción es tan grande que logra evitar la transmisión de información, pero no impide que la autoridad requirente persista en su solicitud, aplicando las consecuencias negativas que procedan por desobedecer el requerimiento. Por último, la norma fracasa absolutamente si los riesgos ante el proceso que se sigue en el tercer país son superiores a la amenaza de sanción, no logrando esta última condicionar la voluntad del sujeto y provocando la transmisión de la información: los intereses nacionales se ven afectados y el sujeto destinatario de la norma terminará presumiblemente siendo sancionado.

## 5. Consideraciones críticas sobre las normas de bloqueo

57. Es comprensible que un Estado se sienta amenazado por el comportamiento unilateral y con efectos extraterritoriales de una autoridad extranjera sobre situaciones en su territorio. En este sentido, las normas de bloqueo no son técnicas normativas arbitrarias, sino una posible respuesta a un fenómeno real y contemporáneo. Sin querer pontificar ni jugar a la adivinación, creo percibir dos peligrosas tendencias que deben incluirse en esta ecuación y que agravan el problema al que se enfrentan las normas de bloqueo.

La primera es una tendencia global: la confianza mutua entre Estados en materia procesal en general y en los sistemas de obtención de pruebas transfronterizos en particular es el reflejo de la confianza que los Estados se muestran entre sí en otros planos. En un momento en el que la globalización tal y como la conocemos hasta la fecha puede sufrir una importante metamorfosis y en el que el multilateralismo y la reciprocidad entre Estados pueden resquebrajarse, la adopción y la aplicación de normas con efectos extraterritoriales pueden convertirse en una tendencia cada vez mayor en todos los sectores de la vida política, económica y comercial.<sup>100</sup> Un mundo en el que las autoridades operan de forma unilateral sin que los sistemas en juego estén armonizados es un mundo abocado a los desencuentros y a conflictos que constituyen un círculo vicioso del que salir resulta casi imposible. Esto puede conducir a una proliferación de actuaciones unilaterales legítimas o ilegítimas y a su vez, como respuesta, a una proliferación de normas de bloqueo. Las normas con efecto extraterritorial son una forma de exportar una determinada concepción axiológica de la economía, del orden legal o de los valores sociales. Las normas de bloqueo son un instrumento para evitar esa exportación no consensuada.<sup>101</sup>

La segunda tendencia tiene que ver con una importante (aunque no generalizada) instrumentalización del proceso civil y de las herramientas que ofrece como medio para obtener efectos extraprocesales: ya sea para expulsar del mercado a un competidor, ya sea para amedrentar a un periodista, ya sea para ganar información con la que situarse mejor en el mercado, por citar supuestos que más o menos

<sup>99</sup> Para un análisis exhaustivo puede leerse G. SANT., “Court-Ordered Law Breaking: U.S. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law”, *Brooklyn Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2015, pp. 181-238.

<sup>100</sup> M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 1.

<sup>101</sup> M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 86.

vienen a la cabeza a todo el mundo.<sup>102</sup> Las *fishing expeditions* en los mecanismos de acceso a fuentes de prueba que disponga un ordenamiento procesal o el abuso del proceso siguen siendo un riesgo real.

**58.** Ahora bien, la principal crítica que puede hacerse a las normas de bloqueo es que su efectividad tiene un alto grado de incertidumbre, puesto que su éxito depende, en primer lugar, del comportamiento de las autoridades extranjeras y de la mayor o menor disposición a tomar en consideración los posibles efectos de las normas de bloqueo.<sup>103</sup> Pero es que, además, difícilmente un tribunal penal del Estado-bloqueante podrá imponer una pena al sujeto obligado, en la medida en que la amenaza de las consecuencias jurídicas negativas de su comportamiento en el tribunal del foro puede servir de causa de justificación de su comportamiento.<sup>104</sup> Lo que, en último término, disminuye el efecto persuasivo para el tribunal que conoce del proceso principal a la hora de tenerla en cuenta. Es más, la realidad ha demostrado su gran ineffectividad para condicionar el comportamiento de las autoridades judiciales extranjeras: el instrumento no funciona.<sup>105</sup>

**59.** Las normas de bloqueo pueden producir, además, una externalidad negativa indeseada: a saber, la presión ejercida sobre el destinatario directo de la norma puede suponer un incentivo no previsto para alcanzar una transacción con la otra parte para salir de la situación en la que le sitúa el conflicto de leyes sancionadoras.<sup>106</sup> Renuncia a la defensa de su posición en aras de poner fin a la controversia y, por tanto, escapar del conflicto de leyes en el que ha sido situado.

**60.** Además, al pretender combatir la aplicación con efectos extraterritoriales de normas procesales en su territorio por un tribunal extranjero, las normas de bloqueo indirectamente también tienen un fuerte efecto extraterritorial con consecuencias para diversos sujetos. En primer lugar, como venimos diciendo, las autoridades judiciales del foro; en segundo lugar, si el sujeto destinatario de la norma es parte en el proceso, la norma de bloqueo le obliga a sacrificar parte de las cargas, obligaciones u oportunidades que las normas procesales le ofrecen, en detrimento de su posición en el proceso y de su posible éxito; finalmente, también se ve afectada la parte demandante (sea o no el sujeto destinatario de la norma de bloqueo) en la medida en que podrá acabar frustrándose la tutela judicial efectiva de su derecho por la intervención de un tercer Estado distinto de aquel al que pertenece el tribunal que conoce del litigio.

Los instrumentos de cooperación jurídica internacional en materia de obtención de pruebas están diseñados para ofrecer instrumentos efectivos de acceso a la información, ya sea con fines preparatorios o probatorios, a las partes de un litigio y al tribunal que conoce de él. Aquello que sirve para tender puentes no debería pretender erigirse como muro, sacrificando los intereses de los particulares, máxime cuando desde el derecho internacional público vigente no se prohíbe con carácter general el uso de instrumentos de obtención de información preparatoria o probatoria en el extranjero conforme al ordenamiento jurídico interno de un Estado distintos de los dispuestos en los Tratados. Como recuerda GEORGAKOUDI:

“la necesidad de la cooperación jurídica se manifiesta, en efecto, cuando en el marco de un litigio, nacen elementos de extranjería que constituyen circunstancias de deformación de la instancia y perturban

<sup>102</sup> Véase al respecto de este tipo de prácticas, A. MUÑOZ ARANGUREN, *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

<sup>103</sup> M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 315.

<sup>104</sup> HODA habla del *Aérospatiale Dilemma*: “if foreign states are to protect their citizen and companies from U.S Discovery using blocking statutes, they must first use those statutes to prosecute and punish those very same entities”. M.J. HODA, “The *Aérospatiale Dilemma*: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It”, *California Law Review*, vol. 106, núm. 1, 2018, p. 245.

<sup>105</sup> M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 285.

<sup>106</sup> M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, pp. 285 y 312. También apunta en la misma dirección G. SANT “Court-Ordered Law Breaking: U.S. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law”, *Brooklyn Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2015, pp. 183 y 225.

la función jurisdiccional del juicio ya que constituyen un obstáculo al despliegue ordinario de las reglas del foro, concebidas para ser aplicadas sin fricción en el interior del territorio nacional”.<sup>107</sup>

Por mucho que una norma de bloqueo pretenda ser un instrumento para reencauzar a las autoridades de un país hacia la cooperación jurídica institucional, lo cierto es que no deja de ser un obstáculo añadido que pretende deformar aún más el curso ordinario de un proceso.

**61.** Si un Estado teme realmente que se abuse de un proceso extranjero comprometiendo sus intereses económicos o soberanos, existen otras herramientas para combatirlo. En primer lugar, la diplomacia directa para la negociación de acuerdos bilaterales que satisfagan las preocupaciones de ambos países en los términos que mejor les convenga<sup>108</sup>: las normas de bloqueo son una forma de forzar la bilateralidad desde el conflicto y la unilateralidad. En segundo lugar, parece suficiente con tipificar comportamientos como delitos por la revelación de informaciones calificadas como secretas en función del criterio que sea para evitar la transmisión de información que pueda poner en riesgo los intereses soberanos, asegurándose que las normas de competencia internacional de los tribunales penales de ese país puedan juzgar los delitos cometidos por la revelación o traslado de información protegida en el marco de un proceso extranjero. El efecto práctico de la tipificación de esta clase de delitos es el mismo que el de las normas de bloqueo<sup>109</sup>, con la importante diferencia de que no pretende matar moscas a cañonazos.

#### IV. Consideraciones finales

**62.** El equilibrio entre cortesía internacional, respeto de la igualdad soberana de los Estados y facilitación de la tutela judicial de los derechos de los justiciables pretendido por las normas de cooperación jurídica internacional no siempre garantiza que los tribunales de un Estado acudan a estas últimas. Puede que con base en la filosofía o la concreta articulación de su modelo de proceso civil éstos consideren que los instrumentos ofrecidos son insatisfactorios para una tutela judicial eficaz y eficiente y acorde con las expectativas que genera en los litigantes.

**63.** La tentación de buscar vías alternativas dentro de los límites impuestos por las normas internas del foro es, por tanto, muy grande. La utilización de esas vías ha generado, no obstante, desairadas reacciones en terceros Estados que han conducido a la proliferación de las llamadas normas de bloqueo. Si su éxito ha sido nulo, ello únicamente desmerece la calidad de la técnica de reacción empleada, no así la preocupación de fondo. Y es que, en realidad, lo que hay son dos grandes concepciones en pugna acerca del alcance extraterritorial legítimo de las actuaciones procesales de un foro.

**64.** Aunque puede ser que la razón real de este conflicto no sea tanto una genuina concepción sobre los límites del ejercicio de competencias soberanas extraterritorialmente (pues, en sí mismas, las normas de bloqueo, aunque reactivas, también son una forma de intentar imponer unilateralmente y extraterritorialmente una determinada posición), lo que hay en esta materia es una sensación de injusticia en el desnivel y la desigualdad de exposición de los litigantes nacionales de los Estados enfrentados.<sup>110</sup> Me explico: resulta extremadamente dudoso que lo que genere fricciones y conflictos es que un tribunal cite a un testigo residente en el extranjero para que comparezca el día del juicio ante él. Lo que genera

<sup>107</sup> N. GEORGAKOUDI, *Les compétences exclusives en matière civile et commerciale: étude de droit international privé*, Tesis doctoral, París I, 2021, p. 465. Esta discontinuidad es la que pretende deshacer la posibilidad de acudir a los mecanismos de auxilio pasivo según HESS. Véase, HESS, B., *Europäisches Zivilprozessrecht*, De Gruyter, Berlín, 2021, p. 627.

<sup>108</sup> M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 316.

<sup>109</sup> GERNERT, Marcel, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 97-98.

<sup>110</sup> Véase, V.G. CURRAN, “United States Discovery and Foreign Blocking Statutes”, *Louisiana Law Review*, vol. 76, núm. 4, 2016, p. 1142.



conflictos son dos culturas procesales en materia de acceso a la información preparatoria: una cultura de amplísimos deberes cooperativos de exhibición de información, incluida aquella que pueda perjudicar su posición (e incluso no tenga por qué guardar una relación *directa* con el objeto del proceso) y otra, en la que el *nemo contra se tenetur edere* cumple un rol esencial limitando fuertemente el alcance de una medida de acceso a fuentes de prueba o de exhibición de documentos o piezas de convicción. Así, la sociedad mercantil francesa que tenga que litigar en Estados Unidos se verá sometida a una fuerte exposición: tendrá que compartir muchísima información con su oponente. En cambio, la sociedad mercantil norteamericana que tenga que litigar en Francia, no. El nivel de exposición a la contraparte es tan desnivelado en un foro u otro, que resulta natural que los Estados que representan los intereses de la parte más vulnerable a esa exposición quieran limitar fuertemente el alcance de la misma. Y la forma de realizarlo es forzando que se acuda a los mecanismos de cooperación previstos en la Convención de la Haya, a través de los cuales se puede moldear cómo y hasta qué punto se puede producir esa exposición.

**65.** Ahora bien, *desde la perspectiva del justiciable* el comportamiento óptimo del tribunal ante el que está litigando es aquel que opte por la vía de adquirir la información de la forma más célere y de acuerdo con las garantías ordinarias del ordenamiento procesal del foro. Acudir a los mecanismos de cooperación jurídica internacional debería ser una opción de *ultima ratio*, cuando realmente no operar a través de los instrumentos dispuestos en él convierta en demasiado onerosa temporal o económicamente la efectividad del acto acordado. Esos mecanismos deberían ser leídos como puentes ofrecidos por los Estados para posibilitar la tutela efectiva de derechos de un particular, aun cuando sea un derecho reconocido en un ordenamiento extranjero o se tutele por tribunales extranjeros, sin perjuicio del control posible sobre el resultado del mismo en caso de que se solicite el reconocimiento y *exequatur* de la decisión.

**66.** Si desde esta última perspectiva no debería temerse la actuación unilateral de un tribunal con efectos extraterritoriales en esta materia, siempre y cuando se respeten los límites impuestos por el derecho internacional público, esa falta de temor sólo podrá lograrse si se logra armonizar las culturas procesales divergentes. Si en un gesto de brocha gorda podemos afirmar que los sistemas de *common law* son los sistemas del *discovery* o el *disclosure* desbocados y los sistemas de *civil law* los del *nemo contra se tenetur edere* estricto, sólo una mayor restricción hacia parámetros de pertinencia y proporcionalidad de los sistemas de acceso a la información anglosajones y una mayor apertura hacia este tipo de posiciones del resto de sistemas puede acabar disipando el conflicto abordado en este artículo. Si ese acercamiento es deseable o no, es un problema distinto. En todo caso, basta echar un vistazo a proyectos como las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil de ELI/UNIDROIT para darse cuenta de que esa es la tendencia a la que nos dirigimos.

**67.** ¿Es posible priorizar los intereses de los justiciables sin menoscabar ciertas concepciones de los límites impuestos por la soberanía? Sí, pero quizás únicamente en espacios regionales integrados, como es el caso de la Unión Europea, en los que la confianza mutua se abre camino y las fronteras pierden fuerza. ¿Es posible establecer modelos globalmente respetuosos con las variadas ideas de soberanía sin sacrificar los intereses del litigante? Probablemente sólo si hay un mínimo de armonización global en materia de acceso y producción de información para su adquisición procesal. En todo caso, la revolución digital supone una mutación importantísima: el problema inicial de este trabajo puede acabar agravándose o, por el contrario, disolviéndose por la mera vía de hecho.