

AMERICAN DISCOVERY

Luisfelipe Andrés Peñaloza Castro*.

* Alumno de Cuarto Año, Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.



SUMARIO: Este trabajo desarrolla el tema del *American Discovery*, institución del derecho procesal estadounidense vinculada con la prueba. Para esto se hace una necesaria referencia previa sobre algunas características del derecho procesal en la tradición anglosajona, de la que proviene Estados Unidos, país que se usa como referente.

Luego se analiza la estructura general del proceso civil en el referido país, de modo de poder llegar al tema central. Al abordar el *discovery*, se observa en qué consiste, sus ventajas y desventajas, para luego entender con un juicio crítico las consideraciones que han hecho miembros del Foro a cargo de aportar a la reforma de la justicia civil chilena.

Palabras Clave: Derecho de tradición anglosajona – sistema adversarial – pasividad del juez – privatización del proceso – *trial* – *pretrial* – *discovery*.

ASBTRACT: This work develops the subject of the *American Discovery*, which is an institution from de American Civil Procedure related to the evidence. With the aim of accomplishing this, it is needed a previous reference about some characteristics from the American Civil Procedure that comes from the British Tradition.

In order to get to the main subject, the general structure from the American Civil Procedure it is analyzed. While the *discovery* is described, it is possible to get to know about it and to observe its advantages and disadvantages. With all this knowledge, it is possible to understand and have a critic judgment towards the considerations that have made some members from the Forum in charge of contributing to Chilean Civil Procedure Reform.

Key Words: British Law Tradition – adversarial system – judge passiveness – process in private hands – *trial* – *pretrial* – *discovery*.

I.- Introducción.

La institución del *american discovery* se inserta dentro del denominado sistema adversarial, proveniente de la tradición anglosajona. Este sistema se puede definir como aquel en que “la actividad procesal está en su mayor parte controlada por las partes (*rectius*, por sus abogados), las cuales gestionan casi cada aspecto de la causa, mientras que el juez desarrolla esencialmente – se dice – el rol de un arbitro neutral y pasivo controlando la corrección del proceso”¹.

Este sistema, en teoría, se opondría al sistema inquisitivo, al que se suele asociar a la tradición procesalista continental europea. Aquí, los actos procesales están controlados por el juez y son preclusivos. Sin embargo se ha concluido que en la práctica de hoy, en ambos sistemas las partes o sus abogados tienen un rol protagónico, con la diferencia de que en un sistema el juez tiene más facultades para actuar de oficio que en otro, especialmente en materia probatoria².

En el derecho de corte anglosajón, a diferencia del de corte europeo continental, el juez ante un conflicto entre partes sólo se pronuncia sobre las cuestiones de derecho y para esto se basa en la ley vigente; de esta manera imparte instrucciones al jurado con el objeto de que el juicio se desarrolle conforme a derecho. Hay que tener presente eso sí, que en determinadas ocasiones el juez puede resolver sobre cuestiones de hecho en materias preliminares dentro del juicio como el *discovery* y las disputas de competencia. Luego, para las cuestiones de hecho, hay un jurado que resuelve basándose en la evidencia presentada por las partes. Este jurado está compuesto por personas comunes y corrientes, las cuales no están dotadas de ninguna especialización legal. Así, se parte sobre la base de que para determinar un hecho no es necesario un técnico jurídico, sino que una persona media que exprese directamente la apreciación y valoración social sobre un hecho en virtud de lo que se prueba o se expone como evidencia del caso. A pesar de esta distinción teórica, no se puede desconocer que en la práctica una cuestión de hecho también puede serlo de derecho, como sería cuando se viola una obligación contractual.³

II.- Estructura general del proceso civil en Estados Unidos : *pretrial* y *trial*.

Antes de analizar el *discovery*, es necesario describir las dos etapas fundamentales del proceso en Estados Unidos: el *pretrial* y el *trial*.

¹ PALOMO VÉLEZ, Diego, *La necesaria reforma del proceso civil chileno: algunos apuntes fundamentales*, p. 9.

² LANGBEIN, John H, *La ventaja alemana en el proceso civil*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* n. 9, p. 27.

³ Véase HAZARD, Geoffrey C, TARUFFO, Michele, *American Civil Procedure: an introduction* (Nueva York, 1993), pp. 71 – 72.

El *pretrial*, es una etapa judicial primaria, que comienza con el ejercicio del derecho de acción materializado en la demanda (*complaint*) y que termina luego del *discovery*, teniendo por objeto recopilar información para probar los hechos controvertidos.

Aquí aparece la idea clave del *american discovery*, que consiste en los métodos a través de los cuales las partes de un juicio recopilan información para establecer y probar los hechos controvertidos, con el objeto de asegurar la pretensión propia o desvirtuar la pretensión de la contraparte, sea en la etapa del *pretrial* o posteriormente en el *trial*.

El *trial* es aquella etapa posterior al *pretrial* donde las partes “seleccionan al jurado, presentan los hechos, ofrecen toda la prueba pertinente a un juez o jurado./.../ Luego que las partes terminan con su ofrecimiento de prueba, presentan los alegatos sobre el mérito de la prueba producida y es en este momento cuando el juez o el jurado según sea el caso, se retira a deliberar, considerar el mérito de la prueba y a determinar los hechos. Esta determinación sólo podrá estar basada en la prueba”⁴.

La etapa del *pretrial* comienza con la demanda, la que debe contener la individualización de las partes y breves fundamentos de hecho y de derecho. A esto le sigue el emplazamiento y la contestación de la demanda. Luego de esto, las partes están habilitadas para comenzar con el *discovery*, sin necesidad de una especial autorización del tribunal.

III.- Propósitos del Discovery.

Los principales propósitos del *discovery* son los siguientes: el primero es preservar información relevante que puede no estar disponible al momento del *trial*, como podría ser un testigo que esté a punto de morir.

Un segundo propósito es fijar el asunto controvertido entre las partes, y esto es según lo que las partes puedan probar. Además, de esta forma se detectan rápidamente los conflictos inexistentes cuando la prueba de una parte es muy contundente y la de la contraparte es débil, falsa o inexistente.

Otra finalidad es que se permite a las partes obtener toda la información sobre la evidencia admisible⁵.

Las partes tienen libertad para explorar en busca de información relevante, siempre que sea permitido, lo que constituye la regla general como se verá más adelante.

⁴ PÉREZ RAGONE, Álvaro, RAZNOVICH, Leonardo, *Aclaración previa de los traductores del artículo en inglés The German Advantage in Civil Procedure*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* n. 9, p. 3.

⁵ Véase FRIEDENTHAL, Jack, KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur, *Civil Procedure* (St. Paul, Minn., 1993), pp. 379 – 380.

De esta manera las partes llegan al *trial* “conociendo los hechos de la causa y la estrategia probatoria del adversario, sin sufrir tácticas de sorpresa. Además, este instituto está estrechamente vinculado a la necesidad de que el *trial* se desarrolle en forma concentrada, rápida y provechosa llegando a la verdad de los hechos”⁶.

Como las partes pueden conocer las armas de la contraria en cuanto a la prueba, es más fácil que se negocie algún acuerdo antes de llegar a la etapa del *trial*; es así como también se puede concebir al *discovery* como un medio para que las partes lleguen a un avenimiento u otro medio alternativo de resolución de conflictos.

Todos estos forman parte de lo que se podrían llamar los propósitos legítimos del *discovery* y, desde un punto de vista ideal, se pueden advertir fácilmente sus ventajas.

IV.- Extensión del *discovery*.

La traducción del artículo 26 (b) de la *Federal Civil Procedure Rule* señala que el *discovery* se extiende a “cualquier materia, que no sea privilegiada, que sea relevante al asunto que es materia de la acción”.

Esto revela claramente la gran amplitud del *discovery* y su prescripción de que, por regla general, es procedente la recopilación de la información que se estime relevante para obtener la correspondiente evidencia.

Las excepciones a esta norma están constituidas, en primer lugar, por las materias privilegiadas. Estas materias son las que expresamente se reconocen como privilegiadas en las reglas sobre la evidencia. La finalidad de estas materias es proteger la privacidad que las personas deben tener en ciertas relaciones, tales como la del abogado con su cliente, el médico con su paciente, entre cónyuges, y muchas otras relaciones que varían en distintos lugares del mundo con un sistema análogo.

Hay dos excepciones más a la extensión del *discovery* y que devienen en lo que se podrían llamar los propósitos ilegítimos⁷ de éste. La primera de estas excepciones es la solicitud de búsqueda de material totalmente irrelevante a la contraparte. La segunda es la solicitud de información de extrema dificultad para su obtención o cuya obtención es posible por otros medios no tan gravosos para la contraparte. Estas dos excepciones traen detrás la idea de que el juicio no se demore o que no se haga excesivamente oneroso para la contraparte, haciendo que la parte perjudicada incluso opte por no seguir en juicio.

⁶ PALOMO VÉLEZ, Diego, cit. (n. 2), p. 8.

⁷ Véase HAZARD, Geoffrey C, TARUFFO, Michele, cit. (n. 3), p. 117 – 118.

Justamente aquí se empiezan a observar los defectos del *discovery*. Se dice que en la práctica es usual que las partes abusen de este mecanismo ya que, para que se penalice esto por el tribunal, se debe hacer la difícil distinción entre un *discovery* agresivo (que es legítimo) y uno abusivo. Por esto, se dice que también es usual que cuando una parte abusa del *discovery*, haciendo que una parte se desgaste buscando gran cantidad de material innecesario, la contraparte responde de la misma manera⁸. Otro tema delicado, se da en aquellos casos en que hay una parte económicamente más fuerte y solicita pruebas de alto costo económico a la parte menos acaudalada, la que es muy probable que no quiera o no pueda llegar a la etapa del *trial* en estas circunstancias.

V.- Mecanismos para desarrollar el *discovery*.

Los mecanismos principales que se proveen a las partes de un juicio en Estados Unidos, no obstante variar en diferentes lugares incluso dentro de este país, son las que se nombrarán a continuación:

- a) Declaraciones orales o escritas de testigos, tanto a las partes como a terceros: este es el mecanismo más usado de todos. Normalmente las deposiciones son orales, no obstante se permiten las deposiciones escritas. Aquí las partes designan a un oficial que tome las declaraciones, el que puede ser cualquier persona autorizada al efecto, o la que las partes designen de común acuerdo y que hace las veces de ministro de fe. En la práctica las partes nombran a la persona que graba la declaración como oficial⁹. Una importante característica de esto, es que los interrogatorios a testigos se realizan de manera privada, ya sea en la oficina del abogado de una de las partes o en cualquier otro lugar. De modo que se cita a un testigo a declarar, quien tiene el deber de comparecer, y el oficial designado luego de grabar el interrogatorio, lo transcribe y lo firma. La ventaja de esto, es la posibilidad de que se extraiga del testigo todo lo necesario para usarlo como evidencia en el *trial*, por medio de la formulación de las preguntas pertinentes. Además, los testigos pueden ser llamados nuevamente a declarar en determinados supuestos. Luego en la etapa del *trial*, los testigos más útiles a las pretensiones de las partes pueden ser objeto de interrogaciones cruzadas por la contraparte que no les tomó la declaración.

Pero son varias las críticas que se le pueden hacer a este medio para recopilar información. Lo primero, que aparece como un límite a las declaraciones de los testigos, es que sólo pueden ser requeridos a declarar sobre la información que tengan disponible, esto es, la que esté a su alcance. Esto admite una excepción cuando se trata de interrogar a un testigo que es parte de una organización mayor, la que tiene el deber de presentar testigos

⁸ IDEM

⁹ Véase FRIEDENTHAL, Jack, KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur, cit. (n. 3), p. 395.

aptos para dar distintas clases de datos, más complejos que los que debe presentar quien no es parte de una¹⁰.

Otra gran crítica es que al ser un mecanismo de interrogación casi enteramente privado, lo que sucede es que en la realidad el testigo es preparado por la parte que lo llama a declarar, con lo que se rompe totalmente con su imparcialidad. “El interrogatorio cruzado de testigos (*cross examination*) en el *trial* – que se presenta como una salvaguardia substancial para enfrentar este inherente peligro de parcialidad del testigo – es frágil y sólo ocasionalmente sirve a este propósito. Es frecuentemente ineficaz para combatir al testigo preparado. Más aún, debido a que la técnica empleada permite vapulear al testigo y, además, permite utilizar todo tipo de estrategias que obstaculicen el esclarecimiento de los hechos, frecuentemente es también causa de distorsión cuando se la usa contra un testigo veraz”¹¹.

En muchos casos se puede llegar a prácticas totalmente desleales maquinadas por los abogados de las partes, por las que se le toma declaración algún testigo incluso sin su conocimiento, con grabaciones secretas. Esto atenta contra la libertad del individuo y en último término contra la dignidad de la persona humana.

- b) La inspección de objetos físicos determinados: esto permite a las partes tener acceso a documentos, datos en computadores y el ingreso a propiedad ajena en búsqueda de cosas que deben ser especificadas. Estos objetos pueden ser examinados y documentados (por ejemplo, mediante fotografías), sea que estén en manos de la contraparte o de terceros. Si están en poder de la contraparte, ésta se puede oponer, caso en el cual debe intervenir el tribunal quien dirime el asunto, lo que es excepcional a la pasividad del juez en esta fase del proceso. Si el objeto que se quiere examinar es indeterminado por falta de información al respecto o si se trata de un tercero que se opone al *discovery* sobre un objeto que posee, en principio se puede requerir al testigo para que haga una deposición oral en subsidio, no obstante haber sanciones al respecto que varían en el espacio. Este es también uno de los mecanismos más usados en esta etapa del proceso.
- c) Examen de la condición mental o física de la parte u otra persona bajo su custodia o control legal, cuando esta condición sea objeto de controversia: esto tiene requisitos más estrictos que los mecanismos anteriores y además se necesita de una orden del tribunal para que se lleve a cabo, el que además dirige su desarrollo. Esto por cuanto existe una visión de que es una materia más sensible al individuo¹². Aquí también se rompe con la pasividad del juez, pero se debe tener presente que los dos primeros mecanismos son los más usados. Usualmente la parte que examina es la que designa al médico, psicólogo o perito en general que corresponda.

¹⁰ JAMES, Fleming, HAZARD, Geoffrey, LEUBSDORF, John, *Civil Procedure* (Estados Unidos, 1992) p.239.

¹¹ LANGBEIN, John H, cit (n.1), p. 17.

¹² JAMES, Fleming, HAZARD, Geoffrey, LEUBSDORF, John, cit (n.5), p. 245.

- d) Solicitud de admisión: esta permite a las partes que determinados declaraciones de la contra parte sean tenidas como verdaderas por el tribunal. Esto se suele usar ante hechos que no están en disputa y que su prueba sería complicada¹³.
- e) Testimonio de peritos: el uso de peritos o personas expertas en algún tema que apoyen la estrategia a seguir en juicio por lo abogados de las partes, no son otra cosa que testigos, pero que dan una opinión calificada. Éstos pueden adquirir mucha relevancia en el juicio por sus aportes técnicos que dan luz sobre la evidencia.

Esto tiene grandes inconvenientes teniendo presente que los peritos trabajan para las partes y son designados por ellas según su conveniencia. Obviamente las partes no van a contratar a un perito que destruya su evidencia en juicio, sino que todo lo contrario, lo que pone en peligro nuevamente la imparcialidad a la que se acostumbra a ver en los peritos de sistemas jurídicos de influencia europeo continental.

La razón principal por la que el juez en estos casos no interviene, a pesar de que en algunos casos se les da la posibilidad de hacerlo, es porque el *pretrial* es una etapa casi totalmente privatizada donde el juez no conoce el asunto controvertido todavía, por lo que con mayor razón no conoce qué quieren demostrar las partes al usar a un perito en su favor.

La opinión de la experiencia es la que puede resumir todo el problema detrás del testimonio de peritos en el *discovery* para ser usado en el *trial*:

“Personalmente he cumplido las funciones de perito y en varios casos experimenté en carne propia la presión de formar parte de lo que se denomina el equipo. Esto significa asumir la opinión profesional, esconder las dudas, agrandar las molestias, minimizar los puntos débiles del caso del equipo para el que uno trabaja. Nadie quiere defraudar al patrón; detrás de la presión psicológica se encuentra el beneficio económico de ser perito. El dinero compra los servicios de un experto, siempre que la opinión se adapte al caso del cliente. Téngase presente que el abogado de la contra parte también realiza similar tarea, buscando otro perito que se adecue y sustente la posición de su cliente. El resultado es para nosotros familiar y consiste en la denominada batalla de peritos o testigos – expertos. Cuanto más imparcial sea el perito, la probabilidad de que sea usado por alguna de las partes disminuye proporcionalmente”¹⁴.

VI.- Consecuencias del *discovery*.

Según sea la información o evidencia obtenida por alguna de las partes en el *discovery*, éstas eventualmente pueden modificar sus pretensiones o defensas al cambiar el asunto

¹³ Véase HAZARD, Geoffrey C, TARUFFO, Michele, cit. (n. 3), p. 117.

¹⁴ LANGBEIN, John H, cit (n.1), p. 19.

controvertido. Este cambio está condicionado a lo que esa parte sabe que podrá probar en el *trial*, en virtud de los resultados que ha conseguido en la etapa del *pretrial*.

Además, como consecuencia de la información obtenida y su aptitud para probar los hechos que se alegan, por una parte el juez puede determinar la viabilidad de la acción y, por otra parte, si la acción es viable se abre la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo como el avenimiento, la transacción o algún medio alternativo de resolución de disputas, como el arbitraje o la mediación.

Dependiendo del caso, puede que luego del *discovery* tenga lugar una *Pretrial Conference*, que consiste en una audiencia presidida por el juez donde especifica los asuntos que se deben probar en correspondencia con lo que devela el *discovery*, y esto mediante una orden llamada *Pretrial Order*.

VII.- Conclusiones: visión crítica de las *American Discovery* y algunas visiones del Foro para la Reforma Procesal Civil Chilena.

En primer lugar, la excesiva pasividad del juez y la privatización del proceso, no son otra cosa que dos caras de una misma moneda en relación a la institución en cuestión.

Esta pasividad del juez y el desarrollo del proceso en manos privadas, provoca prácticas abusivas en las deposiciones orales, lo que lleva a que un testigo sea preparado conforme a las conveniencias de una parte, destruyendo la imparcialidad. La otra posibilidad es que el testigo sea víctima de una verdadera tortura psicológica en la etapa del *trial*, específicamente en las interrogaciones cruzadas. La afectación de la imparcialidad parece aún más escandalosa en el caso de los peritos, al compararlo con lo que ocurre en el derecho procesal continental europeo y los demás ordenamientos jurídicos análogos.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la experiencia de los Estados Unidos demuestra que esta forma de recopilar la prueba o la evidencia, en vez de cumplir con su misión inicial de acelerar el proceso, lo dilata. La razón de esto son los mencionados propósitos ilegítimos con los que se abusa del *discovery*, tanto para demorar el proceso, como para hacerlo excesivamente costoso para una parte, derivando todo en una eventual denegación de justicia¹⁵. Por estas mismas razones se reformó el sistema de prueba del proceso inglés, en orden a morigerar las falencias de la institución equivalente al *discovery*, mediante una mayor intervención del juez¹⁶.

¹⁵ En este sentido, véase la obra de LANGBEIN, John H, cit (n.1). También PALOMO VÉLEZ, Diego, cit. (n. 2), p.9.

¹⁶ PALOMO VÉLEZ, Diego, cit. (n. 2), pp.9 – 10.

Sobre las propuestas para introducir las *American Discovery* a Chile, por parte del Profesor Vial Álamos en el foro para la reforma procesal en Chile¹⁷, creo que los presupuestos sobre los que construye su visión pueden ser complementados con lo descrito anteriormente. Aunque se debe tener presente que llegamos a conclusiones distintas, ya que el Profesor resalta las virtudes que presenta el *discovery* desde un punto de vista ideal. Esto se advierte claramente cuando habla de la conveniencia y deber de tener *esclarecimientos probatorios previos (discovery)* en orden a acelerar el proceso. Por esta vía, sostiene, se determinan “los elementos centrales de la controversia, eliminando así controversias ficticias y disminuyendo la probabilidad de que la sentencia descansa en hechos erróneamente establecidos. Adicionalmente, permite a los abogados cumplir con su deber ético de presentar por anticipado todos los antecedentes que sustentan sus pretensiones”¹⁸. En el fondo, lo que plantea el Profesor es la privatización de la *etapa de los esclarecimientos probatorios*, para ser realizados por las partes. Pero todo lo anterior, según mi opinión, es sobrepasado por la realidad que se ha expresado en este trabajo.

En lo personal, creo que es más convincente el discurso del Profesor Langbein al hablar de la ventaja alemana en el proceso civil. Él afirma el carácter adversarial del sistema procesal continental europeo, al sostener que a pesar de la importancia del juez en la dirección de la etapa probatoria, son siempre las partes las protagonistas de la contienda, las que determinan el curso del juicio según la actividad procesal que desarrollen. Con esto se salvan los excesos del proceso de origen anglosajón y su contraproducente efecto de dilatar la justicia, producido por la pasividad del juez y, en el caso de Estados Unidos, por la tendencia a la privatización del proceso que sus normas dejan de manifiesto.

Además, el juez al tener facultades para actuar de oficio en el derecho continental, particularmente en materia probatoria, no daña a la imparcialidad como podría pensarse. La razón de esto, es porque el juez al decretar tal o cual medida probatoria de oficio, no toma partido, por cuanto el resultado beneficioso o perjudicial de la prueba es incierta para el que busca la verdad de los hechos. Tampoco se menoscaba la adversarialidad, como pensarán otros, siempre que la parte que se ve perjudicada por la prueba de oficio, tenga la posibilidad de defenderse mediante la prueba en contrario.

Por todo lo expuesto, creo que es bueno que en Chile se siga adhiriendo al sistema procesal de Europa continental en materia probatoria, lo que en ningún caso significa que no sea perfectible. De esta manera, el juez puede tener un rol más activo en el proceso, de manera de poder acercarse más a la verdad real de los hechos y, todo esto, para cumplir con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

¹⁷ Véase VIAL ÁLAMOS, Jorge, Documento del foro para la reforma Procesal Civil chilena, pp. 385 y ss.

¹⁸ IDEM, p. 387.

VIII.- Bibliografía.

1.- FRIEDENTHAL, Jack, KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur, *Civil Procedure* (St. Paul, Minn., 1993).

2.- HAZARD, Geoffrey C, TARUFFO, Michele, *American Civil Procedure: an introduction* (Nueva York, 1993).

3.- JAMES, Fleming, HAZARD, Geoffrey, LEUBSDORF, John, *Civil Procedure* (Estados Unidos, 1992).

4.- LANGBEIN, John H, *La ventaja alemana en el proceso civil*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* n. 9.

PÉREZ RAGONE, Álvaro, RAZNOVICH, Leonardo, *Aclaración previa de los traductores del artículo en inglés The German Advantage in Civil Procedure*.

5.- PALOMO VÉLEZ, Diego, *La necesaria reforma del proceso civil chileno: algunos apuntes fundamentales*.

6.- Documento del Foro para la Reforma Procesal Civil Chilena.

7.- COUND, John, FRIEDENTHENL, Jack, MILLER, Arthur, SEXTON, John, *Civil Procedure Cases and Materials* (St. Paul, Minn., 1997).