

GEOFFREY C. HAZARD, JR.

Catedrático de Derecho Procesal y Ética Jurídica
Universidad de Pensilvania (USA)

MICHELE TARUFFO

Catedrático de Derecho Procesal Civil
Universidad de Pavía (Italia)

LA JUSTICIA CIVIL EN LOS ESTADOS UNIDOS

Traducción a cargo de

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

G GARRIGUES
CÁTEDRA
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

THOMSON

ARANZADI

dado podría solicitar su rechazo inmediato, debido a la falta de fundamentación jurídica de la tesis del actor. Al decidir si debe rechazarse inmediatamente la demanda, el tribunal debería pronunciarse con arreglo a la regulación del despido, y si rechazase la demanda la cuestión podría volver a plantearse en sede de recurso.

Desde un cierto punto de vista, la decisión en un caso como éste afecta a una cuestión técnico-procesal, es decir, si la demanda se ha formulado en términos que permiten la prosecución del proceso; resolviendo esta cuestión, sin embargo, el tribunal también decide sobre una importante cuestión sustantiva.

En general, muchas cuestiones técnicas atinentes al proceso acaban constituyendo en realidad ocasiones para resolver importantes cuestiones jurídicas, y con ello también cuestiones sociales relevantes. Es más, con frecuencia resulta difícil comprender lo que se ha decidido en el plano sustantivo si no se tiene en cuenta el contexto procesal de la decisión. Sir Henry Maine, el gran historiador del Derecho, ha puesto de manifiesto que en la antigua *common law* el Derecho sustantivo «nacía en los intersticios del proceso»²⁹. Esta observación conserva su validez en el proceso moderno.

2. ÁMBITO Y FUNCIONAMIENTO DE LA DISCOVERY

Tras el inicio del proceso cada una de las partes tiene la posibilidad de efectuar la *discovery* respecto de la otra. Con frecuencia la *discovery* da comienzo antes de que se hayan completado los *pleadings*. Las peticiones de *discovery* se dirigen de una parte a la otra, sin una previa aprobación del tribunal. De este modo, si el actor quiere interrogar al demandado para obtener de él una declaración antes del juicio, simplemente habrá de enviar una notificación escrita al abogado del demandado, especificando el lugar y el tiempo para la declaración. De forma análoga, a la parte que quiera examinar documentos en poder de la otra parte le basta con dirigirle una petición escrita, indicando los documentos a los que quiere acceder.

Así pues, el procedimiento de *discovery* también se lleva a cabo a través de la iniciativa de los abogados, por medio de peticiones y respuestas. Las declaraciones se realizan en presencia de un funcionario del tribunal que levanta acta, pero sin la presencia del juez o de otro órgano judicial. La *discovery* de documentos funciona del mismo modo. Si las partes no están de acuerdo en cuanto a la procedencia de una solicitud de *discovery*, suelen resolver el problema mediante negociaciones, pero si éstas no tienen éxito pueden solicitar una resolución al tribunal. En algunos tribunales las cuestiones relativas a la *discovery* son resueltas por un juez que desempeña específicamente esta función; en ciertos casos, por el contrario, las cuestiones

²⁹ Cfr. MAINE, *Dissertation on Early Law and Order*, 1883, pág. 389.

referidas a la *discovery* son decididas por el mismo juez a quien se le ha repartido el proceso de cara al juicio.

La *discovery* tiene un alcance muy amplio. La investigación puede referirse a cualquier materia, no cubierta por un *privilege*, que resulte de relevancia para el objeto del proceso. En consecuencia, la *discovery* puede referirse a hechos indirectamente relevantes para las cuestiones definidas en los *pleadings*, a pesar de que no tengan una eficacia probatoria directa, negativa o positiva, en relación con los hechos principales del proceso. Así, por ejemplo, en un caso de daños personales el demandado puede investigar acerca de las eventuales lesiones previamente padecidas por el demandante, puesto que sería relevante para la determinación de la gravedad de las lesiones padecidas en el accidente objeto de la discusión.

Frente a una solicitud de *discovery* sólo son eficaces tres tipos de objeción: a) la solicitud puede rechazarse si se dirige a investigar elementos completamente irrelevantes; b) también cabe oponerse a ella si resulta excesivamente onerosa. Obviamente, esta objeción sólo rige si la carga es muy grave, como cuando consiste en hacer venir a un testigo desde muy lejos, y si la información solicitada puede obtenerse de algún otro modo; c) por último, la solicitud de *discovery* puede rechazarse si la información solicitada se halla cubierta por un *privilege*. Existen numerosos *privileges*, entre los cuales los principales son los siguientes: a) *privilege* contra la autoincriminación, que permite negarse a dar respuestas que podrían justificar la incriminación de quien responde. Este *privilege* también puede invocarse en los procesos civiles, tanto por las partes como por terceros; b) *privilege* referido a las relaciones entre abogado y cliente, que permite negarse a revelar las comunicaciones privadas con un abogado. Este *privilege* va más allá de las propias partes, pues cubre también las comunicaciones de terceros con sus respectivos abogados; c) *privilege* relativo a los productos de la actividad del abogado (también llamado *work product immunity*), que permite negarse a revelar las notas preparadas por el abogado o por el cliente en relación con el proceso. Así, por ejemplo, los apuntes tomados por el abogado en las entrevistas con los testigos no pueden ser conocidos por la otra parte, salvo en casos excepcionales; d) *privilege* referido a las relaciones entre médico y paciente, que ampara la negativa a revelar las comunicaciones que se hayan producido en el marco de la relación profesional entre un médico y un paciente. No opera, sin embargo, cuando una parte cuestiona las propias condiciones físicas, como ocurre, por ejemplo, en los procesos relativos a lesiones personales.

Existen otros *privileges* diferentes, pero se invocan con menor frecuencia. Algunos Estados admiten un *privilege* relativo a las comunicaciones entre los asesores financieros y sus clientes; el secreto de Estado se reconoce a favor del Estado federal por motivos de seguridad nacional; y también

existe el *privilege* referido a las relaciones entre sacerdote y feligrés, pero es infrecuente que tenga relevancia en un proceso civil.

Dado que el ámbito de la *discovery* es muy amplio, la defensa que proporciona el *privilege* se emplea siempre que resulta posible. Por eso, las controversias surgidas en sede de *discovery* han originado una complicada jurisprudencia a propósito de los *privileges*.

Los mecanismos para llevar a cabo la *discovery* son de cuatro tipos: la *deposition*, referida a los recuerdos de un testigo, que se efectúa a través de un interrogatorio bajo juramento, del que se levanta acta literal; el examen de documentos o de otras cosas en posesión de la parte contraria o de un tercero; el examen físico o mental de un sujeto cuyas condiciones de salud se cuestionan; y la solicitud de *admission*. Las *depositions* y el examen de documentos son los instrumentos empleados con mayor frecuencia, y se analizan en el apartado 3; los elementos que se pondrán de relieve entonces valen en general también para los otros instrumentos de *discovery*.

El examen físico es normal en los procesos por daños personales. El procedimiento exige que el actor se someta a una exploración privada por parte de un experto, normalmente un médico, designado por el demandado. Quien realiza la exploración debe dar al actor una copia de su informe, y el actor debe dar al demandado toda la información relativa a sus condiciones previas de salud, en relación con la misma situación.

Las solicitudes dirigidas a obtener *admissions* permiten que una parte proponga a la otra el reconocimiento de ciertos hechos. Las *admissions* obtenidas por este cauce son vinculantes en el proceso en cuestión, pero no son admisibles en ninguna otra sede. Si la parte se niega a efectuar la *admission*, y la parte que quería obtenerla consigue probar los hechos en cuestión en el juicio, tiene derecho al reembolso de los gastos relativos a esa prueba. Este mecanismo resulta útil cuando los hechos no son efectivamente controvertibles, pero requieren pruebas complicadas.

La *discovery* cumple dos importantes finalidades en el proceso: permite a cualquier parte conocer las pruebas de que dispone la contraria, así como adquirir elementos de prueba que pueden serle útiles. Así, examinando los elementos de prueba en poder de la otra parte, se pueden obtener *depositions* preliminares de los testigos principales de la parte contraria, además de los de ésta.

El testigo se ve de este modo constreñido a verificar en su propia memoria los extremos sobre los que será interrogado en el juicio. En cuanto a la obtención de elementos de prueba en beneficio propio, y a modo de ejemplo, pueden aportarse documentos en poder de la parte contraria para proceder a su examen y a la obtención de copias en la fase preliminar, y pueden revelar hechos beneficiosos para la parte que lleva a cabo la *discovery*.

Los resultados conseguidos en la *discovery* pueden emplearse en el juicio. Así, por ejemplo, las declaraciones consignadas en la *deposition* de un testigo pueden usarse en el juicio en la *cross-examination* para poner de relieve las incoherencias del testimonio. Asimismo, los documentos obtenidos en la *discovery* pueden aportarse como pruebas en el juicio. A modo de ejemplo, la documentación médica relativa a los tratamientos anteriores de quien demanda un resarcimiento por daños personales, obtenida en sede de *discovery*, puede usarse para demostrar que el actor se encontraba en malas condiciones de salud antes del accidente en cuestión.

La *discovery* también puede utilizarse con la finalidad ilegítima de infligir retrasos y gastos a la parte contraria. Así, una *deposition* de la parte contraria puede prolongarse con preguntas reiterativas o irrelevantes, y puede dirigirse de forma opresiva desde un punto de vista psicológico. Análogamente, una solicitud de documentos puede ser tan extensa que llegue al extremo de imponer una carga relevante de gastos y de problemas, así como implicar que una empresa tal vez deba realizar búsquedas en su documentación relativa a muchos años. En muchos casos, no es posible trazar una distinción clara entre una *discovery* pertinente aunque agresiva, y una *discovery* innecesaria y viciada de abusos. El abuso de *discovery* puede ser sancionado por el tribunal, pero en la práctica sólo se toman en consideración los abusos más evidentes. En consecuencia, las partes deben protegerse solas, y el arma usual a tal fin es la realización a su vez de una *discovery* excesiva. De este modo, o bien ambas partes dan marcha atrás, o bien se origina una «guerra de *discovery*» que será muy costosa para todos.

3. DEPOSITIONS Y APORTACIÓN DE DOCUMENTOS

En sede de *discovery*, la *deposition* se lleva a cabo previa petición escrita de la parte que pretende obtenerla; como regla no es necesaria una autorización del tribunal. En la petición se ha de especificar el momento y el lugar de la *deposition*, normalmente en el despacho del abogado que defiende a la parte a la que esté vinculado el testigo; los testigos neutrales suelen prestar declaración en el despacho del abogado que efectúa la *discovery*. Todas las preguntas y respuestas se consignarán y se registrarán en un escrito dactilografiado. El interrogatorio es normalmente detallado y agresivo; no es extraño que una *deposition* dure tres o cinco horas, y que sus transcripciones ocupen cientos de páginas. Algunas *depositions* necesitan varios días, a veces semanas. Se obtienen las *depositions* de todos los testigos principales, incluidas las partes y los representantes de las entidades societarias, así como de todos los testigos imparciales que puedan tener alguna relevancia. Cuando en la relación controvertida existan documentos, los testigos serán interrogados con detalle respecto de éstos. El conjunto de testimonios recopilados a título de *deposition* supera con frecuencia en tres o cuatro veces el de los practicados en el juicio.

A menudo surgen problemas en el curso de las *depositions*, pero habitualmente no está presente ningún funcionario del tribunal que pueda resolverlos de inmediato. En tal caso los abogados los resuelven poniéndose de acuerdo, a menudo de mal grado, o se reservan la posibilidad de someter la cuestión seguidamente a la decisión del tribunal. En ocasiones la parte que se opone al interrogatorio, por ejemplo porque considera que está dirigido a obtener informaciones cubiertas por un *privilege*, da al testigo la instrucción de no contestar. En casos extremos dicha parte podrá impedir la continuación de la *deposition*. Estas cuestiones habrán de resolverse más tarde de mutuo acuerdo, o someterse al tribunal.

La aportación de documentos también comienza sobre la base de la petición de una parte. En la petición se describe el tipo de documento objeto de la investigación, y la parte contraria debe aportar todos los documentos que se correspondan con esa descripción que se hallen en su poder. Para evitar que la petición pueda ser obviada, se suele formular con complejos detalles, de forma que sea del todo completa. La parte contraria normalmente protesta contra la amplitud de la solicitud, pero aporta los documentos relevantes para la controversia. La tentación de confundir al adversario es muy grande. Así, por ejemplo, el abogado puede sugerir sutilmente a su cliente que destruya o cambie de sitio documentos relevantes, o puede interpretar capciosamente la solicitud y deducir que los documentos que le son desfavorables no se encuentran entre los reclamados. Existen maniobras de este cariz, pero no parece que su práctica esté muy extendida. En esta época en que se realizan numerosas copias de muchos documentos, el riesgo de ser sorprendido flagrantemente es elevado.

En los procesos de mayor importancia la aportación de documentos puede afectar a decenas de miles de páginas. El análisis de estas informaciones se ha convertido en una ciencia específica: existen programas especiales de ordenador que permiten copiar el texto completo de los documentos y clasificarlo según diversos criterios. A menudo es necesario que exista una persona que se ocupe a tiempo completo del archivo de estos documentos. En los procesos con muchas partes, en los que los documentos provienen de fuentes diversas, se puede crear un depósito común de documentos.

En muchos casos la *discovery* se ve rodeada por la desconfianza y el temor a maniobras fraudulentas, especialmente cuando el proceso afecta a intereses de importancia. Las maniobras en sede de *discovery*, si se demuestran, pueden conllevar sanciones severas. La parte inocente tiene derecho al reembolso de los gastos en que haya incurrido para descubrir la infracción; aspectos decisivos de la causa pueden darse por resueltos en perjuicio de la parte que ha cometido la infracción; en casos extremos, puede arrojarse sobre ésta el coste total del proceso, y puede incluso dictarse una sentencia desfavorable para ésta sin necesidad de celebración del juicio. De todos

modos, son poco frecuentes los casos en que se descubren estas maniobras fraudulentas.

Por el contrario, sí que son más frecuentes las infracciones menos graves de las normas que regulan la *discovery*. Es normal que se impugnen las peticiones demasiado amplias de aportación de documentos, y el ámbito de la solicitud a menudo se ve reducido por la correspondiente resolución del tribunal. Las *depositions* que acarrear molestias suelen ser impugnadas, y la amplitud del interrogatorio puede ser delimitada, en términos análogos. El tribunal tiene también la potestad de imponer sanciones pecuniarias por abuso de *discovery*, que pueden incluir los gastos innecesarios de defensa en que haya incurrido la otra parte.

En la mayor parte de los casos las *depositions*, la aportación de documentos y las restantes operaciones de *discovery* se efectúan sin problemas. Sin embargo, en ciertos casos el procedimiento de *discovery* puede dar lugar a conflictos lo suficientemente relevantes como para que sea oportuno el nombramiento de un funcionario judicial que se ocupe de ellos.

Ciertos niveles de litigiosidad se consideran normales en diversos sectores de la Administración de justicia. Así, la *discovery* en los procesos tramitados en lugares pequeños, con abogados que habitualmente se relacionan entre sí, se lleva a cabo a menudo con poco esmero. En cambio, la *discovery* en procesos importantes, llevados por despachos de alto nivel, suele realizarse normalmente bajo una estricta observancia de las normas, a menudo con muchas discusiones en cuanto a su interpretación.

4. LA DISCOVERY DEL PERITO

El recurso a expertos o peritos se halla generalizado, salvo en los procesos que tienen un objeto muy sencillo, como la falta de pago de una deuda.

En los procesos por daños personales, ambas partes se sirven de peritos en el campo médico para afrontar los problemas inherentes a la naturaleza del daño y a la duración de la convalecencia. Los peritos pueden calcular la pérdida económica previsible, tanto en los casos en que el actor tenga la posibilidad de obtener grandes ganancias, como cuando se trate de un accidente doméstico que pueda aportar pocos rendimientos. En los accidentes de tráfico, los peritos pueden interpretar las circunstancias (como las marcas de frenado o el tipo de colisión, entre otras) y ofrecer a partir de ellas una reconstrucción del accidente. Se utilizan asesores contables en los procesos en materia comercial y financiera, y en todos los procesos que implican documentación financiera compleja. Expertos en cuestiones relacionadas con el suelo y los terrenos son llamados en los procesos relativos al medio ambiente, analistas económicos en los asuntos de *antitrust*, miembros de la misma profesión en los procesos en materia de responsabilidad profesional, ingenieros de la construcción en los litigios sobre contratos de obras, y así

sucesivamente. Pueden utilizarse diversos peritos, y en ocasiones se trata de expertos en materias diversas.

El testimonio del perito plantea problemas muy particulares desde dos ángulos distintos. En primer lugar, el perito puede actuar no sólo como testigo, que es su cometido formal, sino que también puede llegar a convertirse en un protagonista no muy distinto del abogado. Los peritos que son llamados a juicio como testigos se eligen tanto por su competencia técnica, como por su capacidad y eficacia a la hora de presentar sus informes. El juez de los hechos, especialmente si se trata del jurado, puede quedar tan impresionado por la claridad y la inmediatez del testimonio del perito, como por sus credenciales profesionales. De hecho, el resultado de muchos procesos depende del testimonio de peritos.

En segundo lugar, cuando analiza los problemas específicos que forman parte de su especialidad, el perito tiene normalmente conocimiento de la estrategia legal de la parte que lo ha designado. En consecuencia, la parte que ha elegido al perito tiende a mantener bajo un control estricto los contactos entre éste y las demás partes. Un ulterior problema se plantea cuando el parecer del perito resulta desfavorable a la parte que lo ha designado y ésta, obviamente, no quiere que este dato sea conocido.

El enfoque de las normas en materia de *discovery* relativas a los peritos está orientado a proporcionar una protección intensa a las partes, y resulta contrario a atribuir a los peritos una completa libertad para manifestar su opinión. Si una parte se sirve de un perito para realizar consultas preliminares y no para otras actividades, no está obligada ni a revelar la identidad del experto, ni tampoco su opinión. En cambio, si la parte utiliza un perito para obtener de él un informe del que pretende servirse en el juicio, entonces la identidad del perito y las líneas esenciales de su informe pueden tener que ser reveladas a las demás partes. Una parte no puede servirse de un experto que ya ha sido utilizado por otra parte en el mismo proceso, si no es con el consentimiento de ésta. De este modo, las partes están en condiciones de utilizar los informes de peritos favorables y de «sepultar» los que les resultan desfavorables.

Las normas no atribuyen a las partes el derecho a interrogar bajo la forma de una *deposition* a los peritos que la parte contraria pretende llevar al juicio, a no ser que cuenten con una orden *ad hoc* del tribunal. Sin embargo, la práctica generalizada es que las partes se suelen poner de acuerdo para la *deposition* de sus respectivos peritos. Un incentivo al respecto es que de este modo las partes pueden calibrar el efecto que los peritos podrán producir en el juicio, y esta valoración condiciona las posibilidades de llegar a una transacción del asunto.