

EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN EL *COMMON LAW*. ASPECTOS DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN INGLATERRA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS DURANTE EL SIGLO XX

J. A. JOLOWICZ *

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. PARTE I. 1) Medidas preparatorias en Inglaterra y en los Estados Unidos (interlocutory procedures). i) El jurado civil, ii) "Masters" o jueces en la etapa preparatoria a la audiencia. iii) La profesión de abogado. 2) "Pleadings". Documentos que se intercambian las partes sobre los hechos. 3) "Discovery". 4) La reunión previa y la audiencia preparatoria. (The Summons for Directions and the Pre-Trial Hearing). Conclusión a la parte primera. PARTE II. 1) Ayuda legal. 2) Litigios de menor cuantía. 3) Acciones de interés público y acciones de grupo. 1) Acciones de interés público. 2) Acciones de grupo o representativas. 3) Órganos especiales. El actor "artificial". CONCLUSIONES. Abreviaturas más importantes.

INTRODUCCIÓN

1. En su famosa obra *Grands systemes de droit contemporains*, el profesor René David ha llamado la atención de todos los estudiosos del derecho comparado al afirmar que el *common law* "es un sistema configurado profundamente en la historia" y "esta historia es de manera exclusiva, hasta el siglo XVIII, la historia del derecho inglés".¹ Esta observación es tan cierta referida al derecho procesal como al derecho sustantivo; sin duda, como lo dice acertadamente el profesor David, la mayor parte del derecho inglés, en su historia se ha caracterizado por consideraciones procesales, ya que las acciones preceden a los derechos. "No servía de nada en Inglaterra, hasta el siglo XIX, buscar una solución a un litigio en cuanto al fondo. Sólo se podía obtener justicia en jurisdicciones que, en teoría, eran jurisdicciones de excepción. Lo esencial consistía, para los interesados, en encontrar una fórmula de acción, el *writ* o medio por el cual estas jurisdicciones podían ser obtenidas... Era necesario después precaverse de los obstáculos reservados a quienes intentaban el procedimiento, muy técnico, implicado en los diferentes *writs*".²

* Profesor de la Universidad de Cambridge, Inglaterra. Traducción del inglés al español de Lucio Cabrera Acevedo, miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la que fue revisada por el autor. Se respetaron numerosas expresiones en inglés por no encontrarse traducción equivalente en castellano, tanto por el autor como por el traductor.

¹ Ed. Francesa, 1964, p. 309. Existe edición en español, Ed. Aguilar, Madrid, 1971.

² *Ib.* pp. 321-322.

La famosa frase de Sir Henry Maine, “tan grande es la importancia de la ley sobre las acciones en los primeros tiempos de los tribunales de justicia, que el derecho sustantivo parece estar insertado en los intersticios del procedimiento”,³ lo que es una sentencia correcta, referida al derecho inglés durante largo tiempo de su historia.

En el curso del siglo xix, la mayor parte de los peores tecnicismos del procedimiento, debidos a una larga historia de formalismo, fueron derogados y, respecto a los tribunales superiores de Inglaterra, las leyes de Administración de Justicia (*Judicature Acts*) de 1873-1875 crearon el sistema que esencialmente perdura hasta el presente. Una exposición del desarrollo del procedimiento civil en Inglaterra desde 1900 puede, en consecuencia, partir de la organización de los tribunales y los principios del procedimiento expuestos por esas leyes.

Sin embargo, el derecho inglés, aún no reformado, fue acogido en aquellas partes del mundo que se conocen como países del *common law* y aún cuando son hoy pocos los que no han hecho reformas —más o menos equivalentes a las realizadas en Inglaterra en el siglo xix— existen sistemas de suma importancia que sólo hicieron cambios hasta bien entrado el siglo xx. Así, la legislación del Estado australiano de Nueva Gales del Sur, análoga a las leyes de Administración de Justicia de Inglaterra, es de 1970,⁴ y no fue sino hasta el final de la década de los treinta de este siglo cuando las características del viejo sistema fueron eliminadas del procedimiento de los tribunales federales en los Estados Unidos de América.⁵ Por otra parte, el ejemplo más temprano de un sistema modernizado en el mundo del *common law* lo estableció probablemente el Estado de Nueva York, donde se adoptó en 1848 un código de procedimiento civil que creó un tribunal unificado de jurisdicción general.⁶

Estos hechos bastarían por sí solos para exigir que un ensayo como el presente principiara con una breve descripción de algunas de las características del sistema inglés no reformado y para fundar que el estudio del derecho procesal civil comience por las formas que tuvo a principios de siglo. Si se desea que una exposición comparativa de la evolución en el derecho procesal —aunque se limite a una parte del mundo del *common law*— tenga cohesión, es preciso iniciarla desde una base que reúna a un conjunto de ideas compartidas por los distintos sistemas, en mayor o menor grado. No puede partir

³ *Early Law and Custom*, p. 389.

⁴ *Supreme Court Act*. 1970, Act. N° 52, 1970. Esto no significa, por supuesto, que no hayan existido reformas de procedimientos con anterioridad a 1970 en Nueva Gales del Sur.

⁵ En los tribunales federales se usó un diferente procedimiento si se trataba de un caso de equidad o uno de derecho hasta 1938. Ver e.g. Fleming James *Civil Procedure* (en adelante citado como “Fleming James”), pp. 18-21.

⁶ Se conoce como el código “*Field*” en virtud del papel tan destacado que tuvo en el movimiento de reforma David Dudley Field.

de una base cronológica o una fecha determinada. Hay, además, una razón adicional de carácter más bien teórico para retroceder, aunque sea brevemente, a la situación del derecho procesal inglés en 1800, o sea, el vigente antes de que comenzaran cambios sustanciales en su estructura básica.

Un hombre requiere genio excepcional y amplia experiencia comparativa para separarse de su propio ambiente y educación y poder distinguir entre aquellos elementos de su propio sistema legal que son "naturales" y aquellos que, aunque le sean familiares por tener siglos de existencia, en último análisis son "artificiales". Este contraste entre lo "natural" y lo "artificial", no se encuentra por un positivista —por moderado que sea— al estudiar un instrumento hecho por el hombre para lograr el control social, pero las ideas recibidas persisten en la mente, incluso después de haber sido analizadas las falacias que contienen. Los desafíos al orden establecido —sean de método o de forma— frecuentemente dan la impresión de ser ataques al orden natural de las cosas.

El *common law* de Inglaterra —como lo revela el pasaje de la obra del profesor David antes mencionada— tenía jurisdicciones que "en teoría, eran jurisdicciones de excepción" y se desarrolló escalonadamente: en sus años de formación el derecho administrado o aplicado por los tribunales del rey (*King's Courts*) amplió su competencia mediante un aumento en el número de *writs* y de formas de acción, aunque originalmente la administración de justicia constituía esencialmente una materia propia de las comunidades locales y no de dichos tribunales. Con el curso del tiempo, los tribunales reales lograron para todos los propósitos tanto una jurisdicción universal como exclusiva. Pero ya antes del siglo XVIII, el sistema de *writs* del *common law* había dado lugar a un tipo de derecho en alto grado formalista, "Los *writs* del *common law* llegaron a ser vistos como algo básico, casi como los *Diez Mandamientos* o las *Doce Tablas*, o sea, como documentos fundadores de un sistema de derecho".⁷

Un rasgo del procedimiento civil inglés que acogieron otros países, fue, en consecuencia, su carácter formalista. Así, las diversas acciones requerían diferentes procedimientos, y el uso de una forma de acción inapropiada conducía a que ésta fuera desestimada, sin que se hiciera consideración alguna de la demanda a la luz de los principios generales de derecho. Aún más importante y más difícil de eliminar que la idea de que a diferentes clases de acciones correspondían diferentes categorías legales y diferentes procedimientos, fue la distinción entre derecho y equidad (*law and equity*). Aunque teóricamente y aún en la práctica poseían diferentes áreas de competencia, los tres tribunales superiores del *common law* (*Court of King's Bench*, *Court of Exchequer*, *Court of Common Pleas*) administraban en conjunto el *common law*. Sin em-

⁷ Milsom, *Historical Foundation of the Common Law*, 1969, p. 25.

bargo, el *Court of Chancery* —que surgió de la práctica administrativa que se dio al canciller como alto funcionario del Estado— conocía de las peticiones individuales dirigidas personalmente al rey o a su consejo y se transformó con el curso del tiempo en un verdadero tribunal, aunque diferente a los del *common law*: fue un tribunal de “equidad” y no un tribunal del *common law*.

Aunque en un principio la “equidad” era muy flexible y se apoyaba en los dictados de la conciencia, el aumento del trabajo judicial en el tribunal del canciller condujo a la regularización de las normas de equidad, dando como resultado que el derecho inglés en su conjunto tuviera dos esferas diferenciadas: el derecho (*law*) y la equidad (*equity*), las cuales se aplicaron separadamente, por tribunales distintos.

Lord Eldon (Lord Canciller de 1801-1805 y 1807-1827), en un pasaje frecuentemente citado de una sentencia emitida en 1818, claramente expresa el deseo de dar uniformidad a las decisiones del tribunal de la Cancillería, uniformidad que él mismo contribuyó a lograr. “Las doctrinas de este tribunal deben ser casi tan perfectamente precisas y uniformes como si fueran las del *common law*; es preciso que establezcan principios fijos, pero teniendo cuidado que las sentencias sean dictadas conforme a las circunstancias de cada caso. No puedo estar de acuerdo con el principio que sostiene que las doctrinas de este tribunal deben ser modificadas por cada juez que venga. Nada podría molestarme más al dejar este cargo que saber que no hice nada para evitar que el derecho de ‘equidad’ en este tribunal cambie como lo hacen los pies de los cancilleres sucesivos”.⁸

La amplitud y naturaleza de los conflictos entre los tribunales de *common law*, por una parte, y el *Court of Chancery*, por otra, durante el periodo en que existieron independientes el uno del otro, no necesita estudiarse ahora. Pero lo cierto es que a fines del siglo XVIII, o tal vez antes, era evidente que ciertas materias pertenecían al campo de la equidad, como algo distinto del *common law*, y también que había otras materias que no tenían nada que ver con la equidad. Hubo derechos —como, por ejemplo, aquellos derivados del *trust*— que sólo se reconocían y se reconocen en el campo de la equidad. Esto ha dado nacimiento a la idea —esencial para la comprensión del derecho sustantivo en los países del *common law*— de que derecho y equidad (*law and equity*) son distintas entidades, aún cuando solamente a través de la aplicación de las normas de ambos sistemas puede llegarse a una solución definitiva y final, en cada caso.

La existencia separada del derecho y la equidad, como componentes del derecho sustantivo, puede ser confusa para quienes no están acostumbrados a esta dicotomía, pero no conduce necesariamente a una dificultad desde el

⁸ *Gee v. Pritchard* (1818) 2 Swans, 403, 414. La alusión se refiere a la *Table Talk* de John Selden (Impresa por primera vez en 1689, 35 años después de la muerte de Selden). Ver la edición producida por la Sociedad Selden (Ed. Pollock), 1927, p. 43.

punto de vista del procedimiento. Sin embargo, un problema grave fue, en el pasado, que la separación administrativa de tribunales independientes entre sí condujera, a veces, a que un determinado y único conflicto sólo pudiera resolverse en forma completa si los procedimientos se introducían ante un tribunal de *common law* y también, independientemente, ante un tribunal de equidad. Las circunstancias en que esto podía ocurrir eran muchas y variadas, incluso que el actor en un tribunal fuera el demandado en otro. Un ejemplo puede ilustrarnos.

La víctima de un hecho ilícito, reconocido como tal en el *common law*, podía intentar un procedimiento ante un tribunal de este sistema y obtener una compensación, generalmente el pago por daños y perjuicios. Sin embargo, si el hecho ilícito era continuo o se repetía o amenazaba repetirse, el pago compensatorio por los daños causados no era suficiente, pues en tal caso era lógico que la víctima deseara obtener una orden del tribunal que impidiera o prohibiera al demandado continuar con sus actividades contrarias a la ley. Tal orden no podía emitirla un tribunal de *common law*: esta corte únicamente ordenaría de nuevo el pago de compensaciones cuando se reiteraran los procedimientos, una vez que los actos ilícitos hubieran ocurrido. Por otra parte, el sistema de equidad operaba y opera, como se dice, *in personam* y había desarrollado ciertas formas procesales adecuadas, como la *injunction*, para obtener la orden que en el caso buscaba el actor, quien de este modo se veía obligado a seguir una acción por daños ante un tribunal y otra de *injunction* ante otro, o sea, acciones independientes en ambas cortes.

Para un jurista inglés, que escribe cien años después de haber sido promulgadas las leyes de Administración de Justicia (*Judicature Acts*) que unificaron en un solo tribunal los procedimientos de *common law* y de equidad, la solución adoptada por estas leyes parece obvia y en esto estarán de acuerdo probablemente la mayoría de los colegas de los países anglosajones. Lo sorprendente es que esta solución apareciera tan tardíamente, hecho que sólo se explica debido a que durante siglos la distinción entre derecho y equidad fue un sistema tan sólido que pareció, para varias generaciones de abogados, imposible su desaparición. Para el *common law* la regla de los *writs* era tan básica como los *Diez Mandamientos*, y la división entre derecho (*law*) y equidad (*equity*) tan evidente como la diferencia entre el mar y la tierra. Eran cosas distintas que implicaban tribunales diversos y procedimientos técnicos diferentes que —se creía— resultaba imposible mezclar. Sólo gracias al esfuerzo de juristas con amplio espíritu de reforma y previsión, pudo lograrse el cambio.

El objeto de este ensayo es describir algunos aspectos de la evolución habidos en el derecho procesal civil, durante los últimos setenta y cinco años. Hacia 1900, fueron derogadas las antiguas formas de acción en la mayoría de los países del *common law* y se creó un sistema unitario de tribunales en

la aplicación del derecho y la equidad. Por eso no se cree necesario examinar los pasos dados para efectuar tales reformas al antiguo sistema, y en la parte esencial de este estudio —excepción hecha de los tribunales con competencia limitada a pequeñas reclamaciones pecuniarias— se presupone la existencia de tribunales con competencia universal para la totalidad de los casos civiles, cuya tarea es decidir todos los problemas materia de la controversia.

Sin embargo, debe recordar el lector que en 1900 y muchos años después, hubo buen número de jurisdicciones en que no existían tales tribunales. También debe recordarse que aún cuando el sistema de los *writs* del antiguo *common law* tiene fundamentalmente en la actualidad sólo un interés histórico, casi en todas partes, desde el punto de vista procesal y desde el ángulo del derecho sustantivo, la división entre derecho (*law*) y equidad (*equity*) no es algo de mero interés para el anticuario. La mayoría de los tribunales que aplican el derecho y la equidad, tienen, bajo uno u otro nombre, salas de *common law* y salas de “equidad”. Los abogados de muchos países se especializan en un campo o en otro y ha quedado en el subconsciente de la mayor parte de ellos la convicción de que subsisten los dos sistemas de normas. Esto se ha reflejado tanto en la forma como en el estilo en que ha evolucionado el procedimiento civil en los países del *common law*.⁹

2. Las reformas que modificaron el rígido sistema formalista del procedimiento civil y lograron la unidad en la administración de justicia entre el derecho y la equidad, aunque aparecieron tardíamente en algunos países y jurisdicciones, fueron, sobre todo, producto del pensamiento del siglo xix. Tuviron como propósito primordial el mejoramiento de la maquinaria judicial del Estado, en beneficio de las partes contendientes. La administración de la justicia civil ha tenido esencialmente como finalidad la resolución de aquellas controversias que surgen entre los particulares y que éstos desean llevar ante los tribunales. No podría ser de otro modo. Aún más, el moderno procedimiento civil refleja su herencia del *common law* en mucho mayor grado que de la equidad, aunque cabe precisar que varios aspectos procesales del sistema de equidad se incorporaron a los nuevos tribunales de jurisdicción única y aún hoy existen procedimientos especiales para ciertas “controversias” cuyo origen está en la *equity*.¹⁰

Lo más importante es que esto significa una distinción clara entre el procedimiento ante la audiencia del juicio (*trial of the action*), o sea, la audiencia única, pública y oral, en la cual las pruebas y los argumentos de las partes se presentan ante el tribunal en una sola ocasión, por una parte, y por

⁹ El derecho constitucional a un jurado en los Estados Unidos se refiere solamente a juicios de derecho y no de equidad. Ver Fleming James, p. 8.

¹⁰ El “*Originating Summons*” del derecho inglés (ver posteriormente, pp. 117-118), es un ejemplo.

otra, todos aquellos procedimientos que preceden a dicha audiencia, o sea, las etapas "interlocutorias" de la acción. También significa la conservación del sistema de controversia (*adversary system*) según el cual las partes no sólo deben determinar los puntos de controversia que el tribunal debe decidir, sino también el material que va a servir de base para la decisión. Por ejemplo, como regla general, y salvo las normas que excluyen ciertas pruebas, éstas serán tan sólo las escogidas y ofrecidas por las partes. Salvo casos excepcionales, el juez no puede exigir que declare determinado testigo o que se presente cierto documento. Incluso, tampoco está permitido preguntar de oficio a un testigo, excepto para aclarar alguna duda sobre lo que dijo conforme a preguntas de los abogados de las partes. Mas todavía, si el juez interviene y pregunta demasiado a un testigo puede ser censurado por el tribunal de apelación, el cual, en caso extremo, puede ordenar que se lleve a cabo una nueva audiencia del juicio (*Trial*). En un amplio grado, aún actualmente, es verdad que el litigio civil se concibe como algo que concierne exclusivamente a las partes que tienen interés, quienes, dentro de los límites de la ley, pueden hacer uso de cualquier medio a su alcance con objeto de triunfar en el ejercicio de su acción. De aquí que muchos de los progresos en el derecho procesal tengan su origen en el deseo de mejorar las reglas del juego. Por ejemplo, como no es justo (*fair*) que un litigante rico y poderoso obtenga los servicios de un abogado experimentado, en oposición a un litigante pobre, se encuentran formas para proporcionar a este último ayuda legal. Igualmente, por ser injusto que un litigante tome por sorpresa a su oponente en la audiencia del juicio, ha habido modificaciones a las reglas sobre el *discovery*.^{10a}

En consecuencia, la primera parte de este ensayo tratará de ofrecer un esquema de la evolución del procedimiento civil, en su connotación tradicional, o sea, cómo se solucionan, conforme a la ley, aquellas controversias presentadas por las partes. Dado que estos cambios no han sido iguales en todas partes, la atención se fijará sobre todo en Inglaterra y en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos, especialmente en los tribunales federales. En términos generales, se atenderá sobre todo al estudio de las etapas preliminares ("interlocutorias") del juicio, que se proponen, fundamentalmente, que éste sea conducido con la mayor eficiencia. A menos que se llegue a un arreglo en las etapas preliminares, se presume que los procedimientos llegarán a culminar en la audiencia del juicio, el que debe tener por objeto resolver los puntos en conflicto surgidos entre las partes, según el sistema de controversia.

Sin embargo, en la actualidad este principio no es aceptado en sus términos por todos los juristas del *common law*. Desde 1906. Roscoe Pound, en su famoso ensayo *Causas de la insatisfacción popular con la administración de*

^{10a} Ver posteriormente, p. 119, la explicación de este vocablo.

justicia,¹¹ atacó los excesos provocados por el sistema de controversia (*adversary system*), tal como se practicaba en los Estados Unidos, y hoy se reconoce, con más fuerza, que la tarea de la justicia civil debe ir más allá de dar tan sólo soluciones a las disputas que hayan planteado los litigantes privados. En el siglo XIX pocas opiniones podrán encontrarse para fundar la tesis de que los tribunales no existen tan sólo con el propósito de juzgar sobre las materias en controversia y si entonces se hubiera sugerido que su tarea era decidir sobre los derechos de las partes, la gran mayoría hubiera pensado que se trataba de exponer con distintas palabras la misma idea.¹²

Sin embargo, hoy se reconoce —y la doctrina tiene cada día más adeptos— que los *derechos* de las partes no podrán siempre salvaguardarse satisfactoriamente si todo lo que hiciera el juzgador fuera decidir el conflicto surgido entre ellas, de acuerdo con sus respectivas y contradictorias versiones; o sea, resolver sobre una serie de hechos conforme a lo que con libertad han expuesto dichas partes, dentro de los límites de sus capacidades y las reglas de la prueba y según el material escogido para persuadir al juez de que acepte la versión de una antes que la de su contraria.

Tal vez aún más importante que lo dicho anteriormente es la consideración —a la que se da cada día más importancia— de que un sistema que se apoya tan sólo en la iniciativa de la persona agraviada y que suscita una controversia ante el tribunal para su resolución, tiene límites. En efecto, tal sistema no posee eficacia para remediar o corregir la ilegalidad de innumerables casos de violación de derechos personales, por dos razones principales, que a continuación se exponen.

En primer lugar, el procedimiento, a través de una acción del *common law*, es caro y para mucha gente la idea de comparecer ante un juez es algo que intimida y que no se desea, a menos que la cuestión sea de excepcional importancia. Esto ha provocado una evolución tendiente a simplificar el procedimiento, para que se conduzca en una atmósfera más informal que la que alberga el salón tradicional de los jueces del *common law*, sobre todo cuando se trata de resolver pequeños casos, tales como, por ejemplo, los promovidos por los consumidores contra los vendedores o fabricantes de malos productos. En segundo término, la insistencia en el principio de que el actor debe ser una persona que tenga un agravio personal e interés en el procedimiento, es probable e incluso evidente que impida someter a los tribunales muchos casos de importancia creciente en las sociedades modernas. Los derechos de una clase o de un grupo de personas o los derechos del público en general, se afectan frecuentemente. Esto ha dado lugar a técnicas procesales nuevas, tales como la acción del relator (*relator action*) o la acción de un grupo o una clase

¹¹ (1906) 40 American Law Review, 729.

¹² Ver la sentencia de Bowen L. J., en *Cropper v. Smith* (1884) 26 Ch. D. 700, 710, en donde las dos ideas son tratadas como si fueran idénticas.

de personas (*class action*), para no mencionar a los que yo denomino "actores artificiales", cuyo deber es iniciar ciertas acciones civiles, como es el caso, por ejemplo, del Comité Inglés de Relaciones Raciales.

En la segunda parte de este ensayo se tratarán de exponer ciertas innovaciones que surgieron gracias a la evolución del procedimiento civil, y que se apartan del concepto tradicional de acción, pues por un motivo u otro buscan, bien reducir los efectos nocivos que ocasionaba el sistema de controversia (*adversary system*) o bien aumentar las oportunidades concedidas por la ley para que actúe un individuo o un grupo, en representación de un interés colectivo o general.

No debe estimarse que esta división de la materia se hace en forma dogmática y absoluta, ya que casi todos los tópicos a discutir en una parte, tienen relevancia en la otra y a veces relevancia esencial. La verdad es que dos cosas han sucedido en nuestra época; por un lado, esfuerzos continuos para mejorar la administración de justicia civil en su sentido tradicional, y simultáneamente, por otro, los procedimientos civiles se han procurado adaptar a nuevos fines.

PARTE I

1. MEDIDAS PREPARATORIAS EN INGLATERRA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS (INTERLOCUTORY PROCEDURES)

Como se dijo en la introducción, el procedimiento civil en los países del *common law* se divide claramente en dos etapas: la etapa preparatoria (*interlocutory stage*) y la audiencia del juicio (*trial*).

La audiencia del juicio (*trial*) consiste, fundamentalmente, en una sola sesión continua del tribunal que concluye con la sentencia, donde quedan resueltas todas las materias de controversia entre las partes. En ella se presentan las pruebas en forma pública, son oídos los argumentos legales, se produce el veredicto del jurado —si es el caso— y se dicta la sentencia. Ahora bien, la función de las etapas preliminares (*interlocutory stages*) es preparar el juicio para esta audiencia, la que constituye el objetivo y culminación del procedimiento. Por lo tanto, la audiencia se relaciona con los problemas planteados en las etapas preliminares (*interlocutory*) y con asuntos cuyo objetivo principal ha sido permitir que se celebre dicha audiencia final, en forma eficiente y justa.

Como se advertirá, las actitudes inglesas y las estadounidenses en los tres aspectos más importantes de la etapa preliminar, han diferido entre sí, y aunque estas discrepancias pueden probablemente explicarse —por lo menos su-

periféricamente— en forma independiente de las que aparecen en la estructura de ambos sistemas legales, cabe presumir que estas últimas han influido parcialmente. Por eso resulta conveniente principiar con una breve descripción de los rasgos diferenciales que parecen importantes para el tema de este ensayo.

i) *El jurado civil*

Hacia fines del siglo xvii, el *common law* —aunque no la “equidad”— había llegado en su evolución a un estado en el cual todos los puntos de hecho que se produjesen en el procedimiento civil o penal, tenían que ser decididos por un jurado, bajo la instrucción de un juez, a la luz de las pruebas presentadas en la audiencia del juicio (*trial*). En otras palabras, la única forma de audiencia del juicio (*trial*) conocida por el *common law* era la celebrada con un jurado y un juez. Este sistema rigió en Inglaterra hasta 1854, cuando por primera vez se aceptó que la audiencia fuera efectuada sólo por un juez, si las partes estaban de acuerdo en ello.¹³

Sin embargo, la reforma más importante acaeció en 1883, cuando la regla cambió en el sentido de que la audiencia debería efectuarse exclusivamente ante el juez, si una de las partes no solicitaba la presencia del jurado.¹⁴ De este modo, la audiencia con sólo un juez se vio como la norma general y desde entonces el uso del jurado en procedimientos civiles declinó definitivamente en Inglaterra. En 1933¹⁵ se estableció el principio de que la decisión sobre la forma de la audiencia pertenecía al tribunal, a su entera discreción,¹⁶ aunque esta regla no se halla exenta de excepciones. En 1966, el tribunal de apelación (*Court of Appeal*) resolvió que las facultades discrecionales se inclinarían a suprimir el jurado y que éste sería utilizado solamente en casos de excepción.¹⁷ Hoy en día —y en el pasado cercano— el número de controversias civiles en las que interviene un jurado es sumamente reducido, y resulta normal que la audiencia se celebre sólo ante un juez, quien resuelve todas las cuestiones, tanto de hecho como de derecho. Esto ha influido en el pensamiento de los legisladores, abogados y jueces y en todos los que están involucrados con el procedimiento civil.

En Estados Unidos, se pudo prescindir del jurado —por lo menos en algunos Estados—¹⁸ antes de que así ocurriese en Inglaterra; sin embargo, la institución no está en decadencia, hecho que puede fundarse en que la Consti-

¹³ *Common Law Procedure Act*. 1854.

¹⁴ R. S. C. 1883, Urd. XXXVI, r. 2.

¹⁵ *Administration of Justice Act*. 1933, s. 6.

¹⁶ *Hope v. G. W. R.* [1937] 2 K. B. 130.

¹⁷ *Ward v. James* [1966] 1 Q. B. 273.

¹⁸ La supresión del jurado era posible bajo el Código *Field* original, como se adoptó en Nueva York en 1848.

tución federal¹⁹ y las de la gran mayoría de los Estados de la Unión, mantienen el derecho a una audiencia con jurado. Ese derecho no existe en los casos de equidad, y surgen serios problemas cuando algunas controversias tienen tanto aspectos de equidad como de *common law*. Pese a todo lo dicho, puede afirmarse que en Estados Unidos el jurado aún se presenta en los juicios civiles, como regla general.

ii) "*Masters*" o jueces en la etapa preparatoria a la audiencia

En Inglaterra, los *Masters* de la Suprema Corte, o *Registrars* en la sala familiar del tribunal superior, son funcionarios judiciales cuyo papel principal y casi exclusivo se relaciona con el procedimiento preliminar (*interlocutory*). Estos jueces o funcionarios no tienen equivalente en los Estados Unidos: por ejemplo, el llamado *Master* en las leyes federales del procedimiento civil,²⁰ tiene una función diferente.

En Inglaterra, antes de las reformas del siglo xix, cada uno de los tres tribunales del *common law* se componía de cuatro jueces y resolvía sus asuntos en pleno (*in banc*), excepto cuando un solo juez presidía la audiencia con un jurado, en cuyo caso el veredicto del jurado se recogía y el pleno dictaba la sentencia. Por eso, las demandas y escritos relativos a cuestiones preliminares se hacían en ese tiempo al tribunal en pleno (debían estar presentes por lo menos tres de los jueces). Durante el siglo xviii, principió la práctica de hacer tales peticiones a un solo juez, en su casa privada o en uno de los salones privados (*Chambers*).²¹ En su origen, la práctica no era legal, por lo que la parte insatisfecha con una resolución así dictada podría siempre apelar ante el pleno y era esencial una orden del tribunal en pleno para resolver cualquier problema de ejecución de las interlocutorias dictadas por un juez.

Sin embargo, con el curso del tiempo, por razones prácticas y para evitar gastos mayores, aumentó dicha costumbre y se regularizó en una forma procesal conocida como "convocatoria y resolución" (*summons and order*). Después se reconoció la práctica en leyes escritas y ciertas materias fueron atribuidas expresamente a la competencia de un juez "en salón privado" (*Judge in Chambers*), quien debía dictar la sentencia en el caso, y ya en 1860, prácticamente todas las cuestiones procesales pudieron ser decididas por un solo juez. Los *Masters* no tuvieron al principio relación con esta evolución, pues no existían fuera del tribunal de equidad.²² Las labores de los tribunales que

¹⁹ U.S. Const., Enmienda VII, ver Fleming James, Cap. 8.

²⁰ Ver Regla 53.

²¹ Ver Diamond "The Queen's Bench Master" (1960) 76 L. Q. R. 504, de donde mucho de lo que continúa se deriva.

²² Respecto a los "Masters of the Court of Chancery", ver Ball, "The Chancery Master" (1961) 77 L. Q. R. 331.

no pertenecían a los jueces eran puramente administrativas y en muchos casos eran valiosas sinecuras: la mayoría de los funcionarios obtenían honorarios, pero nombraban representantes que realizaran el trabajo, gran parte de las veces por un corto salario. Esta práctica puede explicarse como una supervivencia de la noción feudal de que el funcionario tenía derecho de propiedad sobre su cargo; pero fue un abuso aprobado por la costumbre. En 1837, casi todos los antiguos cargos fueron abolidos y se estableció que cada tribunal de *common law* se integraría por cinco funcionarios, llamados *Masters*, que cobraron un sueldo por su trabajo y tuvieran la profesión de abogado.

En un principio, las funciones de los *Masters* no eran esencialmente judiciales sino administrativas. Sin embargo, podían ser requeridos para informar sobre ciertas materias que les señalaba el tribunal, e incluso valuar el monto de los daños, cuando la responsabilidad había quedado establecida. Durante el periodo inmediatamente anterior a las leyes de Administración de Justicia (*Judicature Acts*) de 1873-1875, las funciones de los *Masters* se hicieron más onerosas y de mayor responsabilidad, y desde la vigencia de esas leyes y hasta el día de hoy su posición en la jerarquía judicial ha quedado firmemente establecida.

En la *Queen's Bench Division*, los *Masters* son designados entre los abogados (*barristers*) que han trabajado por lo menos durante diez años en su profesión. Tienen a su cargo estudiar en primer instancia todas las demandas incidentales y dictar la resolución, excepto cuando puedan involucrar la libertad de una persona. Las apelaciones contra sus decisiones se someten al juez en salón privado (*Judge in Chambers*) y contra las resoluciones de éste proceden recursos ante el Tribunal de Apelación y aún ante la Cámara de los Lores.

En la sección de equidad (*Chancery Division*), los *Masters* se designaban entre los abogados llamados *solicitors* cuando poseían diez años por lo menos de práctica profesional, porque la naturaleza del trabajo exigía la experiencia y entrenamiento que los *solicitors* tienen. No forman parte de la jerarquía judicial, son ayudantes de los jueces ante quienes se presentan las demandas, pero sus resoluciones no pueden apelarse,²³ sino someterse al Juez directamente.

Las diferencias existentes entre los *Masters* de las distintas salas del tribunal superior (*High Court*) son irrelevantes para este estudio, aunque no carecen de importancia para el trabajo interno. Lo único que se estima conveniente subrayar es que, a diferencia del sistema norteamericano, el inglés tiene un cuerpo especializado de funcionarios judiciales, con experiencia, cuya labor es conocer las etapas preparatorias del procedimiento. Las impugnacio-

²³ Ver Ball, *loc. cit.*

nes contra las sentencias interlocutorias dictadas por los *Masters* son pocas, en cuanto al número. Las demandas en las etapas preparatorias, generalmente son informales y relativas al despacho de cuestiones de trámite. Así, el tiempo de los jueces se consagra a la audiencia del juicio y, a diferencia del procedimiento en los Estados Unidos, es casi imposible que el juez que preside una audiencia haya tenido previamente contacto con la controversia en su etapa preparatoria.

iii) *La profesión de abogado*

Una tercera y última diferencia entre las estructuras legales —por lo que respecta a jurisdicciones y procedimientos— de Inglaterra y los Estados Unidos, que parece adecuado mencionar en este ensayo, se refiere a la profesión de abogado. Como es sabido, en Inglaterra —pero no en los Estados Unidos— esta profesión se divide en dos ramas: los *solicitors* y los *barristers*. Es innecesario decir que tal clasificación obedece a razones históricas y su subsistencia está sujeta a controversias, que no se examinarán en este trabajo, por exceder a sus propósitos.

Mucho antes de 1900 se estructuraron las dos ramas de la abogacía y, aunque ha habido alguna evolución desde entonces —sobre todo en la mayor especialización de algunos *solicitors*— se puede afirmar que esta clasificación dual de la profesión ha repercutido en el desarrollo del procedimiento.

La distinción fundamental entre el *solicitor* y el *barrister* —explicada de una manera tal vez demasiado simple— radica en dos puntos: en primer lugar, el *solicitor* es el que practica en forma general el derecho, en tanto que el *barrister* es el especialista; en segundo término, en el litigio, el *solicitor* representa literalmente a su cliente, durante todo el procedimiento, en tanto que el *barrister* es como su consejero y desempeña aquellas funciones en que el *solicitor* requiere sus servicios. Existen *barristers* especializados en varias áreas del derecho y su opinión se solicita precisamente dentro de materias particulares, sometidas al *solicitor* por su cliente, pero este tema no constituye algo esencial para el presente ensayo. El hecho es que aún cuando los *solicitors* pueden practicar como abogados ante ciertas cortes y ante los *Masters* en el Tribunal Superior, los *barristers* tienen aún el privilegio exclusivo de ser oídos en los tribunales superiores y son ellos —y no los *solicitors*— a quienes se les considera especialistas en la práctica del litigio. De hecho hay una división del trabajo, de acuerdo con la cual el *solicitor* absorbe mucho de la labor preparatoria —como la entrevista de testigos y otras personas relacionadas con el asunto— frecuentemente aconsejado por el *barrister*, pero éste redacta los documentos importantes que hayan de utilizarse en el litigio, tales como la demanda y otros escritos y siempre es el abogado en la audiencia. Es

más, salvo que el caso sea muy simple, la actitud normal del *solicitor*, cuando se requieren los servicios de un abogado litigante —aunque sea ante un tribunal en el que tenga derecho a presentarse— es que pida la ayuda de un *barrister* para todos los procedimientos preparatorios y para que comparezca como abogado en la audiencia.

No se considera oportuno plantear en este ensayo las ventajas y desventajas que la división de la abogacía tiene en Inglaterra.²⁴ El tema se menciona sólo por dos razones: primero, es necesario subrayar que en Inglaterra se presenta una división profesional, en tanto que en los Estados Unidos no existe;²⁵ segundo, es conveniente saber que, según ciertas opiniones, ese hecho es una de las causas por las cuales ciertos procedimientos preparatorios muy complicados —tales como la audiencia preparatoria (*pre-trial conference*)— ampliamente aceptados en los Estados Unidos, no han sido acogidos en Inglaterra.

Para referirse exclusivamente a esta audiencia preparatoria (*pre-trial conference*), baste recordar que por lo general se admite su valor sólo cuando se prepara y lleva a cabo cuidadosamente, con representantes de las partes y con los abogados que comparecerán en la audiencia del juicio. Si se aceptara tal sistema en Inglaterra, conduciría a que los *barristers* estuvieran compenetrados del procedimiento en esta etapa y así se incurriría en mayores gastos en gran número de casos. El importante Comité *Evershed*, en su informe de 1953,²⁶ concluyó que la economía procesal de la audiencia preparatoria está relacionada estrechamente con la fusión, en Estados Unidos, de las dos ramas de la abogacía y por este motivo y por otros más, no pudo recomendar que fuera adoptada en Inglaterra.

Después de estos párrafos preliminares, se pueden examinar los principales aspectos de las etapas preparatorias del procedimiento en Inglaterra y en los Estados Unidos. Si la audiencia del juicio, en el procedimiento anglo-americano, se trata de conducir con un mínimo de eficiencia y de justicia —excepto en casos extremadamente simples— las partes no pueden ir al tribunal sin que previamente se definan y precisen los puntos de la controversia y se conozcan, de alguna manera, los argumentos de la parte contraria. Cuando la audiencia se celebra ante un jurado, resulta todavía de mayor importancia esta materia, que cuando sólo se lleva a cabo ante un juez o tribunal. O sea, debe haber cierta claridad antes de que principie la audiencia. De aquí que se requiera un procedimiento por el cual se aclare la materia en disputa y

²⁴ La designación de una Comisión Real para examinar muchos aspectos de la práctica legal, incluyendo la existencia de una profesión dividida, fue anunciada a principios de 1976. En el momento de escribirse este ensayo todavía no principia su labor.

²⁵ Debe advertirse, sin embargo, que de hecho hay muchos abogados especialistas en audiencias del juicio (*trial lawyers*) en los Estados Unidos.

²⁶ Final Report of the Committee on Supreme Court Practice and Procedure, Cmd. 8878 (1953) 217.

la clase de pruebas que presentarán cada una de las partes en la audiencia, para que sean conocidas por su contraria, dentro de ciertos límites razonables, tanto en interés de la eficiencia procesal como para evitar sorpresas e imprevención. Para que no haya injusticias, cada una de las partes debe proporcionar a su contraria las pruebas que sólo ella posea.

El grado en el cual en las etapas preparatorias se toman medidas para mejor proveer depende en gran medida del alcance que se considera propio para que cada una de las partes sepa en forma detallada y previamente la naturaleza de los argumentos y, sobre todo, de las pruebas que utilizará la otra en la audiencia del juicio.

2. DOCUMENTOS QUE SE INTERCAMBIAN LAS PARTES SOBRE LOS HECHOS (PLEADINGS)

El sistema de *common law*, antes de la reforma del siglo XIX, se apoyó sustancialmente en los *pleadings* o documentos escritos que se intercambiaban las partes para lograr ciertos propósitos. Pero no se prestaba atención al problema de informar a la otra parte sobre la naturaleza de las pruebas. La idea esencial era que el procedimiento culminaría con un punto único de discusión, ya fuera de hecho o de derecho. Si era de hecho, el caso se remitía a un jurado, y si era de derecho se sometía a un juez. Hacia el siglo XIX, estos escritos, intercambiados bajo el sistema de *common law*, se transformaron en una especie de ciencia monstruosa de elevadísimo carácter técnico y el resultado fue que, en gran número de casos, los puntos a discusión eran meramente técnicos e irrelevantes para la verdadera controversia.

Una de las principales razones de este exagerado tecnicismo —aunque no el único— fue la persistencia en el siglo XIX de las diversas formas de acción en el *common law*, cada una de las cuales tenía sus reglas especiales, en cuanto al intercambio de los escritos preparatorios. Este problema no pertenecía al campo de la equidad, pues en él lo ideal era que todos los hechos se sometieran al tribunal, de modo que conociera totalmente las materias controvertidas en el momento de la audiencia. En el siglo XIX, también el procedimiento de equidad se volvió muy complejo, en cuanto a los *pleadings*, cuya formulación implicaba tiempo y gastos. Sin embargo, los reformadores del siglo XIX lo prefirieron en cuanto a los puntos de hecho sobre el del *common law*, y así el procedimiento quedó unificado,²⁷ o sea, surgió el predominio del *fact pleading* sobre el *issue pleading*.

El llamado *fact pleading* se introdujo por primera vez en el sistema del *common law* en el famoso Código Field que aprobó el Estado de Nueva York

²⁷ Clark, "The Code Cause of Action" 33 Yale L. J. 817 (1924).

en 1848. En veinticinco años se extendió a veinticuatro Estados de la Unión²⁸ y fue adoptado por completo en Inglaterra durante la época en que se aprobaron las nuevas reglas, consagradas en la ley de Administración de Justicia (*Judicature Act*) de 1875. El concepto básico que lo sustenta es aparentemente simple: en su primer escrito, el demandante debe exponer una serie de alegatos sobre los hechos en que apoya su reclamación, sin incluir las pruebas relativas, ni los puntos de derecho. El demandado debe entonces contestar la demanda negando los hechos que desea controvertir y agregando aquellos que considera pertinentes a su defensa. Es posible que después el actor formule otros alegatos, según los términos de la contestación, o sea, que produzca una réplica, sobre todo cuando exista una contrademanda o reconvencción, pero generalmente esto último ya no es necesario ni permitido.²⁹

Bajo condiciones ideales, el simple intercambio de escritos logra varios propósitos. Una comparación entre la demanda y la contestación revela inmediatamente cuáles son las diferencias entre las partes en la apreciación de los hechos. La regla de que la prueba sólo puede ser admitida cuando es relevante para los hechos controvertidos, limita prudentemente las que se ofrecen. Además, las partes conocen, al leer los escritos, cuáles son los razonamientos básicos que se someterán a la consideración del juez el día de la audiencia, y en los cuales deben profundizar. Incluso, si un escrito revela que desde el punto de vista del derecho no puede llegar a tener éxito la reclamación o la defensa —aún admitiendo que los hechos alegados sean verdaderos— es posible que el caso se concluya antes del momento de la audiencia, sin incurrir en gastos ni pérdida de tiempo.

Sin embargo, en la práctica es raro que las cosas sean tan simples y existen serias desventajas si se presta demasiada atención a los escritos de las partes, sobre todo considerando que en su mayoría son redactados por los abogados y pueden no contener la materia prima sobre la cual se apoyará la decisión, cuando se celebre la audiencia. No es posible mencionar todas las desventajas, pero las siguientes son algunas de las más importantes:

1. Los escritos se limitan a la etapa preparatoria del procedimiento, pero como determinan los límites de la prueba en la audiencia, es posible que otras pruebas importantes lleguen a quedar excluidas. Por otra parte, es frecuente que sólo hasta el momento en que hayan sido formulados todos estos escritos y alegatos, sea posible apreciar la necesidad y el valor de ciertas pruebas. Además, podría argüirse que si fuera factible corregir o aumentar los escritos indefinidamente, mucho de su valor se destruiría.

²⁸ Clark, *Handbook of the Law of Code Pleading*, ed. 2, 1947 pp. 16, 24.

²⁹ En Inglaterra los escritos (*pleadings*) después de la réplica se permiten solamente con la aprobación previa del tribunal: R. S. C., O. 18, r. 4. Esta aprobación raramente se solicita o se concede.

2. El requisito de que en la demanda o en la contestación se narren suficientes hechos que ofrezcan una base legal, puede conducir a gastos y pérdida de tiempo para el tribunal, sin conseguir ninguna ventaja práctica para los fines del juicio, sino sólo algunos análisis de lo que contienen los escritos.

3. Es posible que un escrito narre suficientes hechos para lograr una base legal y, sin embargo, no ser claro para la otra parte, por enunciarse en forma demasiado genérica. Esto puede conducir a comparecencias ante el tribunal para obtener mayores detalles sobre los hechos alegados. Puesto que la distinción entre hechos, pruebas y conclusiones de derecho, es de grado y no de esencia,³⁰ puede no haber criterio para determinar cuando la aclaración de detalles es pertinente y cuándo no lo es, y en todo caso ser ésta otra razón para el aumento de las comparecencias ante el tribunal, con objeto de discutir los escritos de las partes.

4. Sólo si los escritos están muy bien formulados pueden eliminar el peligro de que haya sorpresas cuando se celebre la audiencia, y aunque se hallen bien redactados, se limitan por regla general a informar a la contraparte sobre los problemas que tiene que enfrentar y no le permite apreciar la fuerza que cada uno de los argumentos llegue a poseer, ni le da oportunidad de preparar bien sus pruebas, si no contienen un mínimo de información sobre la cual pueda preparar su defensa. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha dicho que "el mutuo conocimiento de todos los hechos relevantes proporcionados por las partes es esencial para un litigio correcto",³¹ pero los escritos generalmente no aportan esta información.

Es más, puesto que no hay interés para el demandado en admitir los hechos que necesita el actor para ver prosperar la acción que ha promovido, y una larga tradición admite que el demandado está facultado para negar y arrojar toda la carga de la prueba en el actor,³² es inevitable que los demandantes incurran en gastos fuertes para preparar el litigio y después descubran que eso era innecesario, por la forma como se efectuó la audiencia, en la que el demandado a veces acepta finalmente los hechos.

5. La elaboración de los escritos conduce a pérdida de tiempo y gastos de las partes, puesto que los redactan los abogados. Por lo tanto, mientras menor importancia se dé a los escritos —que requieren tiempo y técnica legal en su formulación— menor será también el gasto.

La existencia de un código que regula los escritos (*code pleading*), y en el que se funda la presentación de los hechos (*fact pleading*), no ha sido una experiencia feliz en los Estados Unidos. Numerosas promociones ante los tribunales tienen por objeto impugnar los escritos de las partes o, para ser más

³⁰ Clark, *op. cit.*, pp. 231 *et. seq.*; Fleming James, 67 *et. seq.*

³¹ *Hickman v. Taylor* 329 U.S. 495, 597 (1947).

³² Ver el "Report of the Committee on Personal Injuries Litigation", Cmnd. 3691, 1968, ss. 260.

precisos, de sus abogados, porque se buscan ventajas procesales o incluso una victoria total sobre bases casi completamente técnicas. En su famoso ensayo de 1906,³³ Roscoe Pound fustigó a la “teoría deportiva de la justicia”, observando que a veces otorgaba derechos, con apoyo en errores de procedimiento, ya que decía “la pregunta no se hace para saber qué exige la justicia y el derecho sustantivo, sino solamente se inquiere si han sido observadas las reglas de juego estrictamente”. Aunque no esté limitado al problema de los escritos procesales, no hay duda que Pound tenía en mente lo que otro jurista posterior describiría como la ocasión oportuna que se concede, por las reglas del procedimiento, “para detener y suspender las sentencias mediante objeciones de mera forma”.³⁴

El resultado de estos problemas en los Estados Unidos ha sido una tendencia —cada vez más difundida— a reducir la importancia de los escritos. Aunque algunos tratadistas han continuado subrayando el valor de ciertas reglas estrictas sobre ellos,³⁵ otros han ido tan lejos como para proponer un cambio deliberado en la “notificación” (*Notice pleading*), lo que reduciría su papel sólo al de proporcionar anticipadamente a la otra parte la secuencia general de los hechos alegados.³⁶ Pero esta teoría sólo ha sido aceptada por algunos tribunales municipales.³⁷

Lo cierto es que en la mayoría, y tal vez en la casi totalidad de los procedimientos norteamericanos, la ley da valor a otros medios procesales para precisar la materia de la controversia y limitar las pruebas. En otras palabras, el movimiento tiende a permitir escritos generales, menos susceptibles de combatir, en lugar de escritos especiales en los que se requiere que las partes detallen los hechos con claridad y sujetarlas entonces a ellos en la audiencia final, salvo alguna enmienda que se les autorice hacer.

Las normas contenidas en el Código “Reglas Federales sobre el Procedimiento Civil” (*Federal Rules of Civil Procedure*), aprobadas en 1938, y que no sólo tienen que ver con el procedimiento federal sino que han alcanzado amplia influencia en los tribunales estatales, en realidad evitan el uso de las palabras “hecho” y “causa de la demanda” (*cause of action*), conceptos que tienen gran valor en el sistema del *fact pleading* y han provocado la proliferación de escritos y dado lugar a prolongados litigios. Lo único que requie-

³³ “Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice” 40 *American Law Review*.

³⁴ Morgan, *Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation* (1950) p. 26.

³⁵ E.g. Isaacs, “Logic and Commonsense in Pleading: The necessity of Fact Pleading” (1918) 16 *Mich. L. R.* 589; Fee, “The Lost Horizon in Pleading and the Federal Rules of Civil Procedure” (1948) 48 *Columb. L. R.* 491.

³⁶ Whittier, “Notice Pleading” (1918) 31 *Harv. L. Rev.* 501.

³⁷ Ver, sin embargo, la *New Zealand Rule 112* y *Dawson v. Warren* (1884) *N.Z.L.R.* 2 C. A. 255. Barton, “Reform of Procedure” (1966) *N.Z.L.J.* 219.

ren dichas Reglas Federales es "una exposición corta y clara de lo que se pide para demostrar que el actor tiene derecho a reclamar del demandado una prestación o acto que lo satisfaga".³⁸

Por lo tanto, en los Estados Unidos el énfasis se ha trasladado de los *pleadings* hacia el *discovery* y a la audiencia preparatoria, como se expondrá más adelante. En Inglaterra —aunque en menor grado— el *discovery* también se ha desarrollado, así como la audiencia preparatoria denominada en el derecho inglés *Summons for Directions*, análoga —aunque menos importante— a la audiencia preparatoria de los norteamericanos. Pero no obstante las críticas y quejas que los escritos de hecho han recibido,³⁹ Inglaterra no ha visto declinar su importancia y más bien se ha llevado a cabo un esfuerzo para superar los problemas que ese sistema plantea, poniendo atención a las reglas que los rigen para dar cierta flexibilidad, dentro de determinados límites, al tribunal y para obligar al abogado a que se apegue más conscientemente a dichas reglas.

El Informe del Comité sobre litigios ocasionados por lesiones a las personas (*Report of the Comitee on Personal Injuries Litigation*) publicado en 1968⁴⁰ —por ejemplo— lamenta la falta de éxito de la Barra de abogados para lograr el cumplimiento de las reglas que norman la presentación de escritos, pero no recomienda que la importancia de los escritos se reduzca, como ha acontecido en Estados Unidos. Por el contrario, insiste en que deben ser una ayuda más útil para la rápida y eficiente resolución de las controversias. Naturalmente, es esencial que cada una de las partes tenga tiempo suficiente y posibilidad de obtener documentos e información adecuados de la otra; pero si esto se logra, deben estar ligados a sus *pleadings*.⁴¹ Aún los intentos de reforma más radicales y recientes en el procedimiento civil inglés⁴² no buscan reducir la importancia de los escritos, antes al contrario, proponen normas más estrictas, bajo las cuales las partes sean requeridas no sólo para alegar hechos, sino también para ofrecer medios de prueba, precisando su naturaleza y sus fuentes. Tales medios de prueba —que sólo permiten cambios reducidos, si así lo exige el desarrollo del juicio— son las ofrecidas en tiempo oportuno y a las que quedaron limitadas las partes.

En un artículo publicado en 1971,⁴³ un distinguido comentarista norteamericano escribió: "la principal diferencia está en que los ingleses aún toman sus *pleadings* seriamente, mientras que nosotros, aunque protestamos ocasionalmente lo opuesto, tenemos una actitud bastante indiferente frente a ellos.

³⁸ Fed. R. Civ. P. 8(a)(2). Ver Fleming James, p. 84, n. § 2.11.1.

³⁹ Bowen "The Law Courts and the Judicature Acts" (1886) 2 L.Q.R. 1, 8.

⁴⁰ Cmnd. 3691, § 237.

⁴¹ *Ib.* § 245.

⁴² *Justice Report, Going to Law, a Critique of English Civil Procedure* (1974) § 165-181.

⁴³ Kaplan, "An American Lawyer in the Queen's Courts" 69, 2 Mich. L.R. 821, 823 (1971).

Sintomáticamente, las Reglas Federales se han retirado de la posición de los *Field Codes* y ya no exigen al peticionario alegar “hechos”. Sin duda hay varias razones para esta divergencia entre la práctica inglesa y la norteamericana, las que se reflejan también en sus respectivas posturas frente al *discovery*. Un factor puede ser la existencia en Inglaterra de los *Masters*, porque en ese país las demandas presentadas ante un tribunal sobre materias interlocutorias, normalmente se resuelven en forma más rápida e informal que en los Estados Unidos, donde generalmente se requiere la comparecencia formal ante el juez. Sin embargo, más importante parece ser el hecho de que en Inglaterra —a diferencia de lo que acontece en los Estados Unidos— la derogación de las formas de acción del *common law* no ha conducido a un sistema inflexible, que exigiera un sólo modo de acción procesal y de procedimiento.⁴⁴

Además del procedimiento iniciado por un *writ* —caso en que el uso de *pleadings* es la regla general— existe otro que comienza por una primera convocatoria (*originating summons*) y en el que no existen *pleadings*. Su propósito ha sido poco a poco ampliado desde que fue introducido formalmente en el procedimiento del Tribunal Superior en 1883. Excepcionalmente, los *pleadings* pueden también dispensarse, aún en acciones iniciadas mediante un *writ*. En ambos casos se estima innecesaria la utilización de *pleadings*, pero es preciso que no exista una controversia sustancial respecto a la verdad de los hechos. Así sucede, por ejemplo, cuando la disputa concierne exclusivamente a la interpretación de una ley o de un documento privado —como un contrato o un testamento— situaciones en que los hechos están relativamente claros.⁴⁵ Por eso, tal vez, la supervivencia del uso de escritos en Inglaterra se debe —por lo menos en parte— a que no se utilizan cuando son innecesarios.

Finalmente, aunque en forma especulativa, deben mencionarse algunas diferencias aparentes entre la actitud de los abogados ingleses y la de los norteamericanos en el empleo de tecnicismos en los *pleadings*. Parece que una razón que explica la impopularidad en los Estados Unidos —durante la mayor parte de este siglo— del *fact pleading*, ha sido la proliferación del litigio sobre meros puntos formales. En 1918,⁴⁶ Whittier subrayó que en Inglaterra, en 1830, una de cada seis sentencias se refería a una cuestión técnica de los *pleadings*, y en 1846, como consecuencia de una reforma notoriamente equivocada,⁴⁷ el número creció a una sentencia de cada cuatro. En su época había decrecido a una de cada setenta y seis y en la fecha actual probablemente

⁴⁴ Como lo refiere Kaplan, *ubi-supra*, p. 821, “los ingleses, menos que nosotros, han hecho un fetiche de una forma de acción”.

⁴⁵ Ver R.S.C., 5, r. 4 (2) (b); 0.18, r. 21.

⁴⁶ Whittier “Notice Pleading” (1918) 31 Harv. L. Rev. 501-107.

⁴⁷ Las denominadas “*Hilary Rules*” de 1834. Ver Holdsworth, “The New Rules of Pleading of the Hilary Term” 1834 (1923), 1 C.L.J. 261.

la cifra sea menor. Una estimación equivalente para los Estados Unidos revela que en 1918 sería de una por cada veinte. Whittier parece atribuir este mayor éxito del procedimiento inglés, a la diferencia existente en las reglas sobre los *pleadings*. Las inglesas —sostiene— se aproximaban más que las norteamericanas al tipo de *notice pleading* que recomendó. Sin embargo, parece que Whittier está equivocado al hacer tal afirmación, porque no había una diferencia sustancial entre las normas inglesas y las norteamericanas.

En Inglaterra la responsabilidad en la redacción de los *pleadings* y en la conducta litigiosa recae en un pequeño número de abogados que practican como *barristers*, mientras los jueces y *masters* son un pequeño y homogéneo grupo de antiguos *barristers*. Cualquiera que sea la fuerza del sistema de controversia (*adversary system*), existen factores sociales y profesionales cuya tendencia es debilitar el excesivo e irracional uso de tecnicismos, para que no haya ventajas originadas en meros errores formales y técnicos.

3. DISCOVERY

En un sentido amplio, la palabra "descubrimiento" (*discovery*) connota cualquier forma de procedimiento preliminar por el que una parte puede obligar a su contraria, o a un tercero, para que proporcione información sobre la que tenga acceso o posesión y que sea de relevancia respecto a la controversia. En el viejo *common law* este procedimiento era desconocido y los *pleadings*, al señalar los límites de la prueba en la audiencia de juicio, se suponía que proporcionaban suficiente y oportuna información a las partes.⁴⁸ A su vez, la equidad establecía un sistema de preguntas entre las partes, como una forma de su procedimiento. Esto último —mediante procedimientos separados— se amplió a las partes en el *common law*, cuando una de ellas necesitaba pruebas de su contraria para demostrar ciertos hechos que fundaban su acción.

Así, en Inglaterra como en los Estados Unidos, el *discovery* formó parte del procedimiento ante el único tribunal de jurisdicción mixta, que abarca el *common law* y la equidad. Pero en Norteamérica, tanto el papel cuanto la amplitud de este procedimiento, ha constituido algo mucho más importante que en Inglaterra, hecho parcialmente relacionado con la decadencia de los *pleadings* en aquel país. Morgan ha subrayado⁴⁹ que el *pleading* de carácter general, permitido por las Reglas Federales, sería impracticable sin un sis-

⁴⁸ Más a menudo fracasaron que tuvieron éxito: "El viejo sistema de *pleadings* del *common law* consistía en ocultar tanto como fuera posible lo que tuviera que demostrarse en la audiencia": *Spedding v. Fitzpatrick* (188) 38 Ch. D. 410, 414, *per* Cotton L. J.

⁴⁹ *Op. cit.*, n. 33, p. 29.

tema de *discovery* adecuado. Pero tales diferencias también se deben a otras causas que se mencionan a continuación.

Una de ellas es que cada parte debe ir a la audiencia del juicio conociendo hasta donde sea posible las pruebas que su contraria presentará. Otra, que un buen procedimiento preliminar sobre las pruebas eliminará controversias ficticias y —lo que no permiten los *pleadings*— al revelarse los puntos fuertes y los débiles de cada litigante, estimulará las transacciones. Las partes, además, no pueden ser tomadas por sorpresa. Finalmente, para asegurar un resultado justo en la audiencia del juicio, cada contrincante debe tener cualquier información que le permita atacar y defenderse.

Casi el único material que las partes no se encuentran obligadas a revelar es el llamado “material de trabajo” de los abogados que litigan en el caso, pues aún hechos y opiniones de peritos empleados por una de las partes deben ser comunicados, bajo ciertas condiciones —como por ejemplo, hechos sobre la existencia de un seguro en un litigio sobre responsabilidad— aunque no llegaran a admitirse como medios de prueba en la audiencia final.⁵⁰ En este terreno, los cambios más importante tuvieron su fundamento en las Reglas Federales de 1938, que derogaron las normas que prohibían la “pesca” de una prueba —cuyo objeto era saber si la contraparte tenía información o materia que ayudara o perjudicara a la acción o a la defensa—⁵¹ y que desarrollaron el sistema de preguntas orales o escritas a los testigos, quienes pueden ser sometidos a repreguntas por la parte contraria bajo protesta o juramento.⁵² Esta técnica ha sido eficaz para obtener la máxima eficacia del *discovery*.

En Inglaterra, el papel y el fin que desempeña el *discovery* son mucho más reducidos y la ley está mucho más cerca de sus orígenes que en los Estados Unidos.⁵³ Bajo las Reglas Federales que rigen las preguntas de los testigos, “cada una de las partes puede obtener el testimonio de cualquier persona, incluyendo la de su contraria”, normalmente sin necesidad de allegarse la aprobación previa del tribunal. El origen de este sistema se encuentra en un viejo procedimiento de equidad que permitía —en la audiencia del juicio— aceptar como prueba la declaración de un testigo que había estado impedido, por enfermedad o ausencia del lugar, de rendir su testimonio. En Inglaterra así permanece en la actualidad, y aunque el tribunal tiene la facultad, “cuando parece necesario para los fines de la justicia”, de ordenar a cualquier persona que conteste las preguntas de las partes, en la práctica este po-

⁵⁰ Fed. R. Civ. p. 26, con enmiendas hasta el 1º de julio de 1970. Ver “Federal Discovery Rules: Effects of 1970 Amendment” 8 Columbia Journal of Law and Social Problems 623 (1971-72).

⁵¹ *Hickman v. Taylor* 329 U.S. 495 (1947). Ver en lo general “Developments in the Law of Discovery” 74 Harv. L. Rev. 940 (1960-61).

⁵² Fed. R. Civ. pp. 30, 31.

⁵³ R.S.C. 0.24.

der sólo se ejercita cuando quien debe comparecer está incapacitado para asistir a la audiencia y en tal caso no se considera una forma de *discovery*, sino más bien un medio de lograr un testimonio anterior a la audiencia del juicio, porque en ésta no se podría obtener.⁵⁴

Una restricción similar —en comparación con los Estados Unidos— es la que existe en los "interrogatorios".⁵⁵ Se trata de preguntas escritas dirigidas por una parte a la otra, quien debe contestar bajo protesta o juramento. En los Estados Unidos estos interrogatorios pueden usarse libremente y tener un contenido muy amplio.⁵⁶ Son una fuente muy útil de información preparatoria para cuando se lleven a cabo las preguntas a los testigos, y se han hecho populares porque normalmente resultan más baratos. Cuando se trata de preguntas escritas, al contestar un interrogatorio las partes quedan obligadas de vez en cuando a realizar investigaciones por ellas mismas, en tanto que si las preguntas son orales sólo deben contestar lo que conocen personalmente.⁵⁷

En el importante juicio de *Hickman v. Taylor*,⁵⁸ que se produjo por la muerte accidental de un marinero, la controversia implicó un interrogatorio hecho al demandado, en el cual se le preguntaba si había obtenido declaraciones de testigos y concluía: "agregue copias exactas de esas declaraciones si son escritas, y si son orales, exponga en detalle y exactamente las declaraciones o informes proporcionados verbalmente". El problema de si podían omitirse estas declaraciones —por ser un privilegio mantenerlas en secreto— se planteó ante la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, quien en una sentencia decidió finalmente que estaban protegidas por un mero privilegio especial. Resulta inconcebible que tal interrogatorio se hubiera efectuado en Inglaterra, donde el juez debe examinar cada pregunta y no puede aprobar o prohibir el pliego, en forma general.⁵⁹ Un interrogatorio como este del ejemplo *Hickman v. Taylor*, seguramente hubiera sido prohibido, por la doble razón de que las preguntas versaban sobre las pruebas y no sobre los hechos y porque con él se intentaba la "pesca" de una prueba⁶⁰ (*fishing*).

⁵⁴ R.S.C. 0.39.

⁵⁵ R.S.C. 0.26.

⁵⁶ Fed. R. Civ., p. 33.

⁵⁷ Fleming James, p. 190.

⁵⁸ *Supra*, n. 51.

⁵⁹ Los interrogatorios en una época fueron libremente permitidos en Inglaterra; pero se encontró que ello causaba muchos gastos innecesarios y que en la gran mayoría de los casos ningún uso se hacía en las audiencias de las contestaciones que se obtenían. *Aste v. Stumor* (1883) 13 Q.B.D. 326, 328-9, *per* Brett M.R. Ver también "*Evershed*" Report, *supra*, n. 26, § 297-198 y "*Winn*" Report *supra*, n. 32, § 363.

⁶⁰ Ver e.g. *Lever Bros v. Associated Newspapers* [1907] 2 K.B. 626, aún citado como autoridad por Odgers, *Pleading and Practice*, ed. 21 1975, 262. El proyecto de que las partes deben estar obligadas a intercambiar pruebas respecto a los testigos o, aún, listas con los

Aunque recientemente se ha ampliado en Inglaterra el papel y el fin del *discovery*, en juicios donde se reclama el pago de daños y perjuicios por lesiones,⁶¹ el único caso en el que la ley inglesa permite más libremente que en los Estados Unidos este *discovery* es en el examen de documentos. Bajo las Reglas Federales,⁶² la inspección de documentos y de otras cosas tangibles en general, originalmente sólo se podía obtener mediante la orden de un juez, en la cual era preciso demostrar la existencia de “una causa razonable” que la justificara. El requisito de autorización judicial ha sido derogado, pero es aún necesario que la parte que desea obtener documentos de su contraria, precise los documentos que pretenda inspeccionar. En Inglaterra, por otro lado, aunque el procedimiento era antes más complicado que ahora, siempre ha sido posible a cada una de las partes requerir a la otra para que proporcione una lista de todos los documentos que tenga en su poder, especificando cuáles, entre ellos, considera que tienen el privilegio o el derecho a no exhibir. Desde 1962, en la mayor parte de los casos, es obligación de los contendientes dar tales listas sin orden judicial y aún sin requerimiento de la contraparte.⁶³

Antes de concluir este tema, existe un punto relativo a la práctica norteamericana que conviene mencionar. Como se dijo anteriormente al tratar lo relativo a los *pleadings* —donde precisamente se subraya la distinción entre los escritos que definen los puntos de la controversia y aquellos que sirven para emplazar y notificar a la contraparte sobre la clase de problema a que se enfrenta— es preciso que cada una de las partes proporcione a la otra detalles e información sobre la controversia. En la práctica inglesa, la parte interesada en obtener mayor información, simplemente la solicita a la otra mediante una carta y sólo si ésta rehúsa proporcionarla, se requiere una promoción formal ante el *master*.

Aunque no existe una clara distinción entre los “hechos” que si deben exponerse con detalle y las “pruebas” sobre las cuales no se exige tanta minu-

nombres de los testigos fue rechazada tanto por el *Evershed* como por el *Winn*. En el caso de declaración o prueba de peritos, actualmente la regla general es que ningún perito puede ser llamado a la audiencia, a menos que su declaración escrita haya sido entregada a la otra parte o, por lo menos, que el tribunal haya tenido la posibilidad de decidir si tal oportunidad de que la conozca la otra parte debe hacerse. *Civil Evidence Act*. 1972, s. 2 (3); R.S.C., 0.38, rr. 36-40. El propósito de esto es estimular el uso de que los dictámenes de los peritos se hagan mediante la conformidad de las partes y también propiciar que cada parte haga del conocimiento previo de la otra esa clase de informes periciales.

61 La entrega de documentos e inspección de propiedad puede ser ordenada contra una persona que pueda llegar a ser parte en los procedimientos subsecuentes y, una vez que se ha iniciado una acción, una orden semejante puede ser hecha contra cualquier persona, aunque ésta no sea parte en la acción: *Administration of Justice Acts* 1969, s. 21; 1970, ss. 31, 32. La limitación de acciones de daños por lesiones derivó del hecho de que se siguieron las recomendaciones del informe *Winn*, el cual se limitaba únicamente a estas acciones.

62 Fed. R. Civ. P., p. 34.

63 R.S.C., 0.24, r. 2.

ciosidad, tampoco ha habido una seria dificultad en la práctica inglesa para aplicarla. Las Reglas dan una guía⁶⁴ y por otra parte la situación se enfoca en forma pragmática.⁶⁵ En los Estados Unidos, las reglas sobre los escritos permitían que se pudieran exigir detalles (*bills of particulars*) y las normas federales originalmente hicieron unas concesiones mínimas.⁶⁶ Pero estos *bills of particulars* originaron litigios complicados y provocaron disgusto entre quienes criticaron los clásicos *pleadings*, a tal grado que fueron derogados en 1948, por lo que atañe a los tribunales federales.

Sin embargo, desde esa fecha se ha desarrollado la práctica de utilizar interrogatorios, con el objeto de hacer más precisos los alegatos sobre los hechos. El profesor Fleming James ha observado⁶⁷ que se trata de volver a introducir el *bill of particulars* en otra forma y de sujetar a las partes a sus alegatos de hecho, del mismo modo como se hace en algunos *pleadings*, sistema que no aceptan las normas federales. A pesar de todo, la práctica de utilizar interrogatorios, con el propósito de hacer que los *pleadings* sean más precisos, cuenta con el apoyo de algunos jueces.⁶⁸ Un abogado inglés podría sugerir que esta evolución americana indica que cuando los puntos controvertidos no quedan suficientemente aclarados en los *pleadings*, en una forma u otra la precisión debe darse mediante los alegatos de las partes —las afirmaciones de los abogados, tan criticadas por algunos norteamericanos— si se desea que tenga éxito el sistema de controversia (*adversary system*).

4. LA REUNIÓN PREVIA Y LA AUDIENCIA PREPARATORIA. (THE SUMMONS FOR DIRECTIONS AND THE PRE-TRIAL HEARING)

La reunión previa del sistema inglés y la audiencia preparatoria norteamericana dan la oportunidad de celebrar una o varias audiencias ante el tribunal, durante la fase preparatoria del juicio. Esto no es nuevo en el sistema de *common law* —o sea, el comparecer ante el tribunal antes de la audiencia del juicio— pues originalmente el procedimiento de los *pleadings* se conducía mediante alegatos verbales, bajo la vigilancia de los jueces.⁶⁹ Sin embargo, el origen inmediato de ambas instituciones es diferente y aunque sus funciones coinciden en cierto grado, no son idénticas en su funcionamiento ni en sus

⁶⁴ R.S.C., 0.18, r. 12.

⁶⁵ Ver *Philipps v. Philipps* (1878) 4 Q.B.D. 127, 139, *per* Cotton L. J.

⁶⁶ Fleming James, "The Revival of Bills of Particulars under the Federal Rules" 71 Harv. L. Rev. 1473 (1958).

⁶⁷ *Loc. cit. supra*, n. 66; Clark, "To an understanding use of Pre-Trial" 29 F.R.D. 454 (1962).

⁶⁸ E.g. *Alaska v. Arctic Maid* 135 F. Supp. 164 (D. Alaska, 1955).

⁶⁹ Ver Morgan, *op. cit. supra*, n. 34, 9, 10, 33, 34. Diamond, "The Summons for Directions" (1959) 75 L.Q.R. 43, indica una analogía más antigua.

propósitos. En realidad, por lo menos dos comités ingleses se han abocado al estudio del sistema norteamericano y no han recomendado su adopción.⁷⁰

La primera vez que apareció claramente configurada la reunión previa en el sistema inglés (*Summons for Directions*) fue en las Reglas de la Suprema Corte de 1883, en cuya elaboración se siguieron las recomendaciones del Comité sobre procedimientos civiles, publicadas dos años antes. El propósito esencial de la reunión previa —y de los cambios que ha tenido posteriormente en su estructura y forma— es que todas las promociones preliminares sean sometidas al tribunal al mismo tiempo, a fin de evitar las dilaciones que provoca la presentación sucesiva de tales promociones. Sin embargo, en 1936 la comisión *Peel*⁷¹ recomendó que el objeto de la reunión previa fuera “obtener una visión general del caso para llegar a precisar los puntos esenciales de la controversia y de las pruebas, mediante las cuales las partes pretenden demostrar los hechos, en la forma más corta y menos costosa posible... El *master* debe intervenir activamente y utilizar su influencia ante las partes para que éstas sean razonables y complacientes”.

Poco influyeron las recomendaciones de la Comisión *Peel*, pero sus ideas fueron recogidas y desarrolladas por el Comité sobre Prácticas y Procedimientos de la Suprema Corte, que rindió su informe en 1953.⁷² Conforme a la nueva forma de enfocar el proceso y el litigio —especialmente respecto a los gastos que ocasiona— el Comité recomendó fortalecer la reunión previa, acabar con la atmósfera de secreto en la que las partes preparaban los puntos esenciales de la acción, bajo la cercana dirección de un *master*. Este podía —si era necesario por iniciativa propia— dar órdenes no solamente sobre materias incidentales, por ejemplo, las relativas a reformas a los *pleadings*, sino también respecto a la admisión de algunos hechos y pruebas, a la forma de desahogarlas y a la manera de probar ciertos hechos concretos. Las partes no estaban obligadas —por supuesto— a admitir los hechos, pero si rehusaban aceptar algo razonable, el *master* lo anotaba para que sirviera de base —después de la audiencia final— en lo relativo a “sanciones” para el pago de gastos.

Las reglas que rigen la reunión previa se formularon de acuerdo con las recomendaciones de este comité y están actualmente en vigor, con ciertas diferencias de detalle.⁷³ Principian con estas palabras: “A fin de tener una base para que el tribunal estudie la forma en que se prepara la audiencia final... puede dar algunas órdenes sobre el curso futuro de la acción que parezcan más justas y prácticas y menos costosas”, porque el actor está obligado a preparar la reunión previa. Ambas partes tienen oportunidad de solicitar lo que

⁷⁰ *Evershed Report* 218; *Winn Report*, § 355.

⁷¹ Report of the Royal Commission on the Despatch of Business at Common Law, 1934-36. Cmd. 5065.

⁷² *Evershed Report*.

⁷³ R.S.C., D. 25.

estimen pertinente, pero es deber del tribunal revisar y tomar en cuenta todas las circunstancias del litigio, aún de oficio, y ordenar la forma como deben las partes desahogar las pruebas. Es oportuno observar que generalmente las documentales son menos costosas que las testimoniales. El tribunal también está facultado para estimular los acuerdos o concesiones que las partes deban considerar razonables. Actor y demandado deben presentar todos los documentos y proporcionar toda la información que se considere necesaria para hacer factible la labor del tribunal.

El sistema de que todas las promociones incidentales finalicen en una sola reunión, ha tenido éxito, en términos generales. En cambio, el intento de que se haga una síntesis de la controversia y se logren ciertas transacciones y acuerdos entre las partes, la mayoría de las veces ha fracasado. Realmente, el buen funcionamiento depende no sólo de la cooperación que estén dispuestos a brindar los abogados, sino de que la preparación de las partes y sus abogados para la audiencia sea muy completa y esto último parece ser el escollo. Cuando existen órdenes apropiadas a una acertada síntesis de la litis, se llegan a reducir los gastos de la audiencia final, pero no los de las etapas preparatorias. Las estadísticas muestran que cuando el juicio continúa después de la reunión previa, sólo un diez por ciento de los casos llega hasta la audiencia final. Por lo tanto, el noventa por ciento soporta los gastos adicionales que supone preparar la reunión previa, lo que implica un desperdicio considerable.

No hay duda que de vez en cuando, en casos especialmente complejos y cuando se hallan fuertes cantidades de dinero en litigio, la reunión previa —llevada a cabo conforme a las recomendaciones del comité de 1953— es muy útil. Pero en la mayoría de los conflictos la reunión se efectúa con un *solicitor* o con sus empleados; se dan las órdenes de rutina, por ejemplo, para que se desahogue una prueba pericial por escrito, por un solo perito o, cuando no estén de acuerdo, para que los peritos se reduzcan a dos de cada parte (cuatro en total). Generalmente la reunión termina en pocos minutos. Ni el *master* —ni frecuentemente los representantes de las partes— tienen mucho conocimiento sobre el asunto en la reunión previa, motivo por el cual resulta difícil llegar a transacciones o arreglos entre los contendientes.⁷⁴

Por esta razón, el Comité de litigios por causa de lesiones a las personas sostuvo que la reunión previa en la mayoría de las controversias era inútil e innecesaria. Recomendó un "machote" o escrito rutinario, sujeto a ciertas reglas, que las partes podían cambiar mediante acuerdo entre ellas y sólo en caso de desacuerdo se exigiría la audiencia.⁷⁵ Sin embargo, esta recomendación no ha sido adoptada.

⁷⁴ Ver la exposición en el *Justice Report*, *supra*, n. 42, § 55.

⁷⁵ *Winn Report*, §§ 351-352.

Respecto a la institución norteamericana de la audiencia preparatoria (*pre-trial*), puede afirmarse que su origen se halla en la práctica de trabajo seguida por un juez de Wayne County, Michigan, al final de los años veinte de este siglo. Tenía un serio retraso en la resolución de los juicios y adoptó la costumbre de convocar a los abogados de las partes antes de la audiencia final, para que aclararen la demanda, la defensa y los medios de prueba. Obtuvo como resultado la redacción de los puntos controvertidos, arreglos, limitación en las pruebas y sentencias más rápidas.⁷⁶ Tal costumbre fue seguida prontamente en algunas jurisdicciones; pero donde encontró más rápida acogida fue en las Reglas Federales⁷⁷ y actualmente pertenece al sistema procesal de la mayor parte de los Estados Unidos.

Aún dentro de la jurisdicción federal, la audiencia preparatoria varía de un Estado a otro. Se considera generalmente que lo ideal es que se celebre poco antes de la audiencia del juicio (*trial*) y que ambas estén a cargo de un mismo juez. Como se dice en las reglas federales, el principal fin de la audiencia preparatoria es simplificar, precisar y aclarar los puntos controvertidos; los demás que pudieran señalarse se asocian a éste. Es preciso subrayar que resulta muy importante el papel del juez, quien aún cuando no debe tratar de ejercer presión sobre las partes, o sobre una de ellas, le compete aclarar los problemas y alentar a los abogados con ciertos consejos al fijarse los puntos controvertidos.⁷⁸

Para lograr beneficio de la audiencia preparatoria, deben ser examinados los antecedentes y los fines del litigio, que son, ante todo, lograr “una sentencia que defina los derechos, después de haber seguido el procedimiento en una audiencia de juicio justo”.⁷⁹ Su principal función es lograr que las partes y el tribunal conozcan bien el caso, para evitar sorpresas, acortar y simplificar la audiencia final y obtener el mayor acuerdo posible entre los contendientes. Esta labor debe fundarse en pláticas y transacciones —como algo secundario a la audiencia final— y no degenerar en otro pleito, ni tampoco basarse en los *pleadings* u otros escritos preparatorios.⁸⁰

En la audiencia preparatoria se subrayan los hechos y las pruebas. Cada uno de los representantes de las partes debe decir lo que espera poder probar y lo que no, lo que piensa obtener de sus testigos y cómo apoyará su demanda o su defensa. Puede incluso ser llamado para valorar la fuerza o la debilidad de su reclamación, lo que es posible por el amplio procedimiento del *discovery*. Como un jurista ha dicho, la audiencia preparatoria “es el canal por el que un tribunal puede ayudar realmente a que los abogados cam-

⁷⁶ Fleming James, p. 223.

⁷⁷ Fed. R. Civ. P. 16.

⁷⁸ Clark, “Objectives of Pre-Trial Procedure” 17 Ohio St. L.J. 163. 165 (1956).

⁷⁹ Clark, “To an understanding Use of Pre-Trial” 29 F.R.D. 454 (1962).

⁸⁰ *Ibid.*

bien su deseo de ganar por el deseo, más valioso, de descubrir la verdad".⁸¹ Para lograr su propósito es preciso el rechazo a la confusión jurídica y al velo de los tecnicismos, "lo cual no significa que no se reconozca la capacidad técnica de los abogados, sino que esta capacidad debe concentrarse en presentar con claridad los puntos de la controversia para que pueda dictarse una sentencia justa".

La audiencia preparatoria debe concluir con una sentencia interlocutoria dictada por el juez, en la que se resume "la acción ejercitada, las enmiendas y aclaraciones de los escritos, los acuerdos adoptados por las partes sobre los puntos en debate y los límites de la controversia sobre los cuales no hayan llegado a un arreglo".⁸² Aunque se hace referencia a las aclaraciones o enmiendas hechas a los *pleadings*, realmente la sentencia interlocutoria parece asumir y absorber la función de éstos. A veces, cuando las partes no han llegado a un acuerdo sobre los puntos de la controversia, el juez les impone su decisión.⁸³ Que esto suceda es excepcional,⁸⁴ pero en todos los casos la sentencia interlocutoria "determina el curso subsecuente de la acción, a menos que durante la audiencia final se la enmiende para evitar una injusticia o un error manifiesto".

Al haber nacido como remedio contra el rezago, aunque las normas legales no se refieren a la audiencia preparatoria como un medio de conciliar y obtener arreglos amistosos, muchos jueces de hecho la utilizan con ese fin. Algunos Estados, como Nueva York, han adoptado el criterio según el cual terminar los conflictos sin llegar a la audiencia final⁸⁵ —mediante un arreglo— debe ser el fin primordial de la audiencia preparatoria. Pero las Reglas Federales no tienen este enfoque y debe estimarse que el arreglo o transacción entre las partes es sólo uno —y secundario— entre los varios propósitos que persigue.⁸⁶ Podría creerse que los dos objetivos, o sea, preparar adecuadamente la audiencia final y promover las transacciones entre las partes, no pueden lograrse al mismo tiempo.⁸⁷ Por otra parte, aunque se ha advertido que las transacciones a que se llega en la audiencia preparatoria son más justas —ya que las partes conocen mejor después de la audiencia los respectivos puntos, fuertes y débiles—, no hay indicios de que los acuerdos hayan aumentado en número merced a tal procedimiento.⁸⁸

⁸¹ Pahrr, "The Truth about Pre-Trial" 47 A.B.A.J. 177 (1961).

⁸² Fed. R. Civ. P. 16 *in fine*.

⁸³ E. G. *Life Music Inc. v. Broadcast Music Inc.* 31 F.R.D. 3 (S.D.N.Y. 1962).

⁸⁴ En el caso mencionado, 23 conferencias se han llevado a cabo en un período de dos años Ver "Note", 72, Yale L. J. 383 (1962).

⁸⁵ Rosenberg, *The Pre-Trial Conference and Effective Justice*, 1964, p. 8. Para la exposición de un juez con sus propios métodos de promover transacciones, ver McIlvaine, "The value of Effective Pretrial" 28 F.R.D. 158 (1962).

⁸⁶ Clark, *supra*, n. 79; Pharr, *supra*, n. 81.

⁸⁷ Rosenberg, *op. cit. supra*, n. 85, pp. 9, 113-117.

⁸⁸ Rosenberg, *ibid.*, pp. 46-47.

Desde que fue adoptada en las Reglas Federales, la audiencia preparatoria se ha estimado un instrumento muy valioso por la mayoría de los comentaristas norteamericanos.⁸⁹ Disienten de esta opinión algunos abogados postulantes, porque advierten que con el nuevo sistema se debilita el tradicional *adversary system* y al mismo tiempo disminuye en importancia la labor del abogado en la dirección del caso. Sin embargo, recientemente, tanto en la teoría como en la práctica, algunos abogados han empezado a temer que la audiencia preparatoria prácticamente no se celebre y la interlocutoria del juez devenga mera rutina, ya que ha habido en ciertas ocasiones indicios en tal sentido.

En un caso, el Tribunal de apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos opinó que la interlocutoria pronunciada a consecuencia de la audiencia preparatoria era de tal "calaña, que de la lectura del acta se desprendería que las partes no habían siquiera advertido la existencia de la sentencia."⁹⁰ En 1974, el Juez Pollack expresó que el mayor logro de las Reglas Federales sobre el Proceso Civil había sido la simplificación del procedimiento de los *pleadings*, "pero —advertía— casi se ha nulificado totalmente por las medidas detalladas que se ordenan y permiten en la etapa inmediatamente anterior a la audiencia preparatoria, por las preguntas, contestaciones, interrogatorios y minuciosos detalles que exigen muchos jueces".⁹¹ Tres años antes, el mismo juez había dicho al respecto que existía una carga más para aquel hombre olvidado que es el cliente, quien debe pagar los gastos, "al convertirse la audiencia previa en un fin en sí misma y haber desvirtuado sus propósitos, en la mayoría de los casos comunes".⁹²

No es posible ni correcto para un inglés emitir una opinión sobre la controversia que actualmente se sostiene en Estados Unidos alrededor de la audiencia previa norteamericana. Uno de los trabajos con nuevos enfoques sobre este tema —el del profesor Rosenberg de Nueva Jersey—⁹³ aporta datos empíricos que revelan que no debe esperarse demasiado de esta audiencia, porque ni es factor determinante en el logro de transacciones, ni provoca que la audiencia final sea más breve, ni permite ahorro de tiempo en el trabajo de los jueces.⁹⁴ Pero, por otro lado, se advierte que mejora la calidad de la audiencia final, al estar los abogados mejor preparados, más dilucida-

⁸⁹ Una exposición optimista de la audiencia preparatoria escrita por un Juez australiano se contiene en Burbury "Modern Pre-Trial Civil Procedure in the U.S.A. A New Philosophy of Litigation" 2 University of Tasmania Law Review 111 (1965).

⁹⁰ *Eckrich v. The Selected Meat Co.* 512 F. 2 d 1158 (1975).

⁹¹ Pollack, "Pre-Trial Procedures More Effectively Handled" 65 F.R.D. 475 (1974).

⁹² "Pre-Trial Conferences" 50 F.R.D. 451 (1971). Cf. Becker "A Modern use of the Bar and other Parajudicial Personnel in Pre-Trial of Ordinary Actions" 53 F.R.D. 195 (1971).

⁹³ *Op. cit. supra*, n. 85.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 50-53. Ver también el resumen que se encuentra más adelante en las páginas 129 y 130.

das las pruebas y quedar suprimido el factor "sorpresa". No obstante, aunque parezca extraño, es difícil lograr disminuir el número de testigos y declaraciones innecesarias.

CONCLUSIÓN A LA PARTE PRIMERA

Las páginas anteriores tal vez demuestran el grado en el cual, durante el presente siglo, el derecho inglés y el norteamericano se han separado en el procedimiento preparatorio o etapas preliminares del juicio. Ambos sistemas —el norteamericano se ha agrupado en este estudio y con este fin en uno solo— tienen el mismo origen histórico, o sea, el derecho inglés, tal como existió antes de las grandes reformas del siglo xix. Ambos persiguen la misma finalidad en el procedimiento preliminar: lograr una resolución justa del litigio teniendo como base el material presentado oralmente —y sólo por excepción en forma escrita— en una sola sesión de la audiencia del juicio. Los dos sistemas poseen las mismas tres instituciones: *pleadings*, *discovery* y la reunión previa (Inglaterra) o la audiencia preparatoria (Estados Unidos).

Sin embargo, respecto a cada una de estas tres instituciones y tal vez incluso respecto al concepto básico de "preparación para la audiencia del juicio", existen fuertes diferencias. Estas diferencias parecen, a un jurista con experiencia en el *common law*, más relevantes que las semejanzas, aunque no sea esta la impresión para un jurista formado en el derecho continental europeo.

Las explicaciones son variadas y algunas ya se han expuesto. Pero como una conclusión a esta parte del ensayo pueden hacerse las siguientes reflexiones:

1) Aunque sea deplorable considerar a la justicia como una contienda deportiva, el uso de una sola sesión para celebrar la audiencia del juicio exige que se precisen los puntos controvertidos, antes de dicha audiencia. El sistema inglés continúa utilizando para este fin los *pleadings* de las partes, que se redactan al iniciar el procedimiento y posteriormente sufren enmiendas y correcciones bajo la dirección del tribunal. Los norteamericanos prefieren disminuir la importancia de estos escritos y dejar que se determinen los puntos de la controversia en la audiencia previa. En ésta, tanto las partes como el tribunal tienen un conocimiento bastante correcto de las pruebas a presentarse en la audiencia final, lo que en gran parte se debe a la amplitud del *discovery* en los Estados Unidos.

Desde el punto de vista teórico, parecería claro que el sistema norteamericano es más apto que el inglés para determinar y precisar los puntos de la controversia, pero que lo logra merced a procedimientos preliminares complicados y caros. En realidad, si el sistema inglés es costoso, el americano lo

es más y no solamente en términos monetarios. Lo cierto es que mientras más complicados sean los procedimientos preliminares, más oportunidad existe de que surjan molestias, dilaciones y discusiones puramente formales. El procedimiento americano ha tratado de evitar estos inconvenientes procurando disminuir la importancia de los *pleadings*; pero actualmente pueden oírse denuncias en el sentido de que las maniobras utilizadas antes en los *pleadings* se emplean hoy en el *discovery*.⁹⁵

Tal vez sea necesario mencionar a este respecto el problema que surge a causa de los honorarios llamados de “cuota litis” (o sea, el porcentaje que cobra el abogado sobre lo que recupera en el negocio, sólo si triunfa en sus pretensiones, pues no cobra nada cuando pierde, especialmente en los asuntos de daños y perjuicios por lesiones). Este sistema está prohibido en Inglaterra y si un abogado lo intenta es castigado severamente por la barra. Pero en los Estados Unidos es muy común y aunque aceptar tal régimen significa que el abogado no recibe remuneración por su trabajo en las etapas preparatorias del juicio, sí es determinante para que realice un gran esfuerzo por ganar el caso, utilizando todos los medios a su alcance, incluso la manipulación de los instrumentos legales, lo que le impide frecuentemente adoptar una correcta actitud en la contienda; y es que la voluntad de ganar origina una creciente competencia entre los adversarios.

Por otra parte, si el abogado puede ser persuadido que debe utilizar el sistema de *pleadings* para alcanzar la situación “ideal” antes mencionada⁹⁶ —tarea sumamente difícil, pero más fácil en un país pequeño, como Inglaterra, que cuenta además con una Barra más homogénea, que en otro grande y con numerosas jurisdicciones, como los Estados Unidos— el sistema de *pleadings* es menos costoso y más satisfactorio. De ahí que en Inglaterra se hagan continuos esfuerzos por mejorarlo, mientras en los Estados Unidos ha perdido gran parte de su importancia.

2) Tanto el derecho americano como el inglés mantienen una hostilidad manifiesta contra el riesgo de las “sorpresas” en la audiencia del juicio. Las diferentes reglas sobre el *discovery* que operan en ambos países indican, sin embargo, que tienen conceptos distintos sobre lo que significa “sorpresa” en dicha audiencia y lo que con la audiencia se intenta lograr. Alrededor de este asunto sugiero que tiene importancia la supervivencia en los Estados Unidos del jurado en materia civil, y su virtual desaparición en Inglaterra. Un lector inglés de cierta literatura americana,⁹⁷ podría suponer —sin que se le

⁹⁵ Speck, “The Use of Discovery in U.S. District Courts” 60 Yale L. J. 1132 (1951). Se trata de un artículo en general favorable a reglas liberales sobre el “discovery”.

⁹⁶ Ante, p. 128.

⁹⁷ La literatura americana sobre materias procesales es amplia en tanto que la inglesa es poco más que microscópica. Este es otro punto de diferencia entre los dos países que puede haber tenido peso en el desarrollo del derecho.

acuse de cínico— que el procedimiento norteamericano tiene la intención de efectuar una representación ante el jurado, cuidadosamente planeada por las partes y el juez en estrecha colaboración. Por el contrario, en Inglaterra, donde la audiencia del juicio se sigue casi invariablemente ante un solo juez, normalmente se estima que es de gran valor que ese funcionario no tenga conocimiento previo de las pruebas antes del día mismo de la audiencia. Se considera también que la verdad se encontrará a través de las declaraciones, preguntas y repreguntas a los testigos, sin que se requiera preparación previa. Por ejemplo, es una norma de la profesión que el *barrister* que examinará a los testigos en la audiencia no tenga contacto con ellos previamente, sino que sólo conozca a su cliente y a los peritos que puedan intervenir en caso necesario. Es el *solicitor* quien entrevista a los testigos y toma notas de lo que dicen para preparar el caso.

3) Es evidente que cualquier abogado inglés o norteamericano que medite sobre sus respectivos sistemas se dé perfecta cuenta de que ambos tienen defectos. Asimismo, es probable que ningún sistema pueda estimarse satisfactorio si no está sometido a un proceso continuo de adaptación a las circunstancias y a los cambios que requiere el procedimiento. Las alteraciones y cambios repentinos y profundos deben evitarse, de ser posible, ya que la práctica del derecho requiere un cierto período de adaptación en todos los casos de reformas. Sin embargo, la experiencia revela que los medios procesales dan resultados satisfactorios durante algunos años y comienzan a fallar después. Esto demuestra claramente una de las grandes ventajas que tiene la legislación, cuando la ejerce un grupo o comité capacitado técnicamente por poderes delegados, en vez de que la lleve a cabo el legislador ordinario. En Inglaterra, se creó el Comité de Reglas del Procedimiento, presidido por el Lord Chancellor e integrado por cierto número de jueces y de abogados prácticos, por la Ley de Administración de Justicia (*Judicature Act*) de 1875 y desde entonces tiene ese órgano la responsabilidad de llevar a cabo las reformas a las reglas del procedimiento. Resulta competente, en una forma en que no lo es el legislador ordinario, para modificar y adaptar las normas procesales de vez en cuando y para poner en práctica los cambios que requieren las circunstancias.⁹⁸

4) Aunque ni en Inglaterra ni en los Estados Unidos la ley estatuye que las partes en el litigio deben contar con la asesoría de un abogado, la verdad es que esos servicios son indispensables en todas las etapas del juicio.

⁹⁸ Ver Rosenbaum, "Studies in English Civil Procedure II, The Rule Making Authority" 63 U. of PA. L. Rev. 151 (1915). La facultad de elaborar reglas o leyes por los Tribunales Federales de los Estados Unidos recae en la Suprema Corte (28 U.S.C.A. 2072, por primera vez promulgada en 1934) y una situación semejante prevalece ahora en muchos, aunque no en todos, los Estados. Para una discusión relativa a sus orígenes, ver Wheaton, "Procedural Improvement and the Rule Making Power of our Courts" 22 A.B.A.J. 642 (1936).

Como no puede aceptarse que sólo las personas de recursos tengan acceso a la justicia civil, debe haber un instrumento para que los indigentes cuenten con los servicios legales. Para lograrlo, no basta la exención de costas judiciales o que se reduzcan al mínimo, ni aún que se declaren inconstitucionales —como sucede en unos casos en los Estados Unidos— las leyes ordinarias que las establecen, como condición para iniciar cierta clase de juicios.⁹⁹ En vista de que el tema requiere más amplia discusión en forma autónoma, se tratará en la segunda parte de este ensayo.

PARTE II

1. AYUDA LEGAL

Uno de los cambios más importantes del siglo xx —o por lo menos de años recientes— ha sido tener conciencia de que el “derecho a comparecer ante los tribunales” no debe consistir sólo en que un agraviado tenga el derecho teórico de acudir ante los jueces, sino también asegurar que la justicia no sea un privilegio de los ricos. O sea, es preciso encontrar medios para que los pobres eviten los gastos que todo litigio acarrea.¹⁰⁰ Como se ha dicho al final de la parte I, no basta con que se prohíban las costas judiciales y otras medidas semejantes para favorecer en la práctica a la gente de escasos recursos económicos. La ayuda de buenos abogados es aún más esencial, al menos en el sistema del *common law*, para auxiliar a los litigantes pobres, pues por su pobreza tienen mayor ignorancia que los ricos en sus derechos.

Este problema del litigante pobre se ha reconocido desde hace siglos y la solución favorita ha consistido en prohiar la existencia de una especie de caridad en la profesión. Los procedimientos *in forma pauperis* aparecieron en Inglaterra a fines del siglo xv, dos siglos antes de que los tribunales tuvieran facultades para suprimir las costas en beneficio de los pobres. En esta materia, la evolución de las soluciones para resolver el problema fue relativamente lenta, hasta fines del siglo xix y principios del xx,¹⁰¹ y sólo al concluir la segunda guerra mundial, se realizó un sistema amplio y efectivo. También en

⁹⁹ *Boddie v. Connecticut* (401 U.S. 371 (1971)). Para una discusión de este caso y otras cuestiones relacionadas, ver Smit, “Constitutional Guarantees in Civil Litigation in the United States” in Cappelletti and Tallon (ed.), *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* (ed. Cappelletti and Tallon). 1973, pp. 426-431.

¹⁰⁰ Esto se subraya, por ejemplo, por los relatores nacionales y el relator general en *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* (ed. Cappelletti and Tallon).

¹⁰¹ E.g. la revisión *in forma pauperis* de los procedimientos en 1883 y la introducción de las normas llamadas *Poor Persons Rules* in 1914. Ver Egerton, *Legal Aid*, capítulos II y III; Maguie, “Poverty and Civil Litigation” 36 Harv. L. Rev. 361 (1923).