



Fotografía Juliana Restrepo Santamaría. Sin título

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Tendencias actuales del derecho probatorio civil de los Estados Unidos*

Dimaro Alexis Agudelo-Mejía**

Resumen

El presente artículo aborda las tendencias actuales del derecho probatorio civil en los Estados Unidos a partir de los conceptos fundamentales que lo componen, como son la carga de la prueba, las presunciones, la carga de producción, la carga de persuasión, la inversión de la carga de la prueba y el descubrimiento probatorio, como instituciones que hacen parte del denominado excepcionalismo estadounidense. Todo lo anterior se analiza tomando en cuenta algunas características propias de la tradición jurídica de la *common law*, es decir, los jurados y los estándares de prueba. Estas instituciones se contrastan con las instituciones del derecho probatorio civil de los países de la *civil law*.

Palabras clave: Derecho probatorio; derecho civil; common law; carga de la prueba; presunciones.

Current trends in United States civil probatory law

Abstract

This article discusses current trends in civil probatory law in the United States based on its fundamental concepts such as burden of proof, presumptions, burden of production, burden of persuasion, reversal of burden of proof, and discovery of evidence, as institutions that are part of so-called American exceptionalism. All of the above is analyzed taking into account some characteristics of common law legal tradition, such as juries and standards of proof. These institutions are in contrast to the institutions of civil probatory law in civil law countries.

Key words: Probatory law; civil law; common law; burden of proof; presumptions.

Tendências atuais do direito probatório civil dos Estados Unidos

Resumo

Este artigo aborda as tendências atuais do direito probatório civil nos Estados Unidos, partindo dos conceitos fundamentais compostos pelo ônus da prova, as presunções legais, o ônus de produção, o ônus de persuasão racional, a inversão do ônus da prova e o descobrimento probatório, como instituições que são parte da denominada Excepcionalidade Americana. Todos esses temas são analisados considerando algumas características próprias da tradição jurídica da *common law*, como são os jurados e as provas padrão. Estas instituições se contrastam com as instituições de direito probatório civil dos países do *civil law*.

Palavras-chave: Direito probatório; direito civil; *common law*; ônus da prova; presunções.

* Artículo de investigación. El presente es resultado parcial de la investigación desarrollada para obtener el título de Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Colombia, titulada: "Los cambios estructurales de la Ley como fuente de derecho en las tradiciones jurídicas *civil law* y *common law*. Referencia especial a los sistemas jurídicos de Colombia y Estados Unidos".

** Doctor y magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Abogado de la Universidad Católica Luis Amigó. Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia. Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Colombia. Correo electrónico: dagudelo@udem.edu.co. ORCID: 0000-0001-6184-124X



Tendencias actuales del derecho probatorio civil de los Estados Unidos

Introducción

El estudio del derecho de los Estados Unidos se ha convertido en los años recientes en un tema de interés para los abogados de sistemas jurídicos foráneos, como es el caso de los países de tradición civilista (*civil law*). Esta tendencia se ha dado, en parte, debido a la influencia de la doctrina norteamericana en los estudios de derecho, así como también por las recientes reformas procesales que han surgido y que se siguen impulsando en diversos países civilistas, especialmente latinoamericanos, en los cuales se han incluido instituciones que se asemejan en su forma a las existentes en el derecho de aquel país. Todo esto ha despertado un interés lógico por conocer cómo es y cómo se desarrolla el derecho procesal en aquellas latitudes, lo que, a su vez, deriva en una mejor comprensión de los cambios actuales en el campo del derecho procesal occidental y en un mejor conocimiento del derecho procesal propio.

Uno de los temas que más interés ha despertado en la comunidad académica es el derecho probatorio, especialmente en instituciones como la carga de la prueba, la inversión de la carga de la prueba, las presunciones, los estándares de prueba, el descubrimiento probatorio, entre otros, que hacen parte de lo denominado en la doctrina jurídica como el “excepcionalismo norteamericano” (Mullenix, 2014). En el presente escrito se pretende dar una mirada a ese excepcionalismo norteamericano a través de las instituciones del derecho probatorio, a fin de conocer sus características y determinar cuál es la tendencia actual en esta materia en el derecho de ese país.

Metodología

En el presente artículo se empleó un método de estudio teórico analítico, con un enfoque cualitativo. Se emplearon herramientas del derecho comparado, específicamente, la contrastación de instituciones jurídicas procesales y probatorias entre el derecho de los Estados Unidos y el de países civilistas, tomando en cuenta el contexto propio de cada sistema jurídico, a saber, la tradición a la cual pertenece.

1. La carga de la prueba en el derecho norteamericano

La carga de la prueba en el derecho de los Estados Unidos, al igual que en varios países del *common law*, recibe el nombre de *burden of proof* y se encuentra regulada en las Reglas Federales de la Prueba (*Federal Rules of Evidence*) de 1973, que constituyen una especie de código probatorio como producto la codificación del derecho que se viene presentando en los países del *common law* desde mediados del siglo XX (Agudelo Mejía, Pabón Giraldo, Toro Garzón, Bustamante Rúa y Vargas Vélez, 2018)¹.

En este “código probatorio” norteamericano la regla 301, actualmente vigente, en relación con la carga de la prueba, establece:

In a civil case, unless a federal statute or these rules provide otherwise, the party against whom a presumption is directed has the burden of producing evidence to rebut the presumption. But this rule does not shift the burden of persuasion, which remains on the party who had it originally. (Federal Rules of Evidence, Regla 301)

Una traducción aproximada podría ser:

En un caso civil, a menos que una ley federal o estas reglas dispongan otra cosa, la parte contra quien se dirige una presunción, tiene la carga de producir la prueba para rechazar dicha presunción. Pero esta regla no invierte la carga de persuasión, la cual reposa en la parte que la tuvo originalmente² (subrayas añadidas)³.

De este postulado se deben extraer tres elementos para una adecuada comprensión de la regla de la carga de la prueba: i) presunciones, ii) carga de producción y iii) carga de persuasión, los cuales se explican a continuación:

1 Los países denominados del *common law*, esto es, los que derivan sus sistemas jurídicos del derecho inglés, se encuentran actualmente en un proceso de codificación de sus disposiciones normativas, que tradicionalmente estaban dispersas en diferentes instrumentos jurisprudenciales. Esto ha dado lugar a instrumentos jurídicos similares a los códigos que se emplean en los países civilistas. En el caso de los Estados Unidos, se encuentran, además de las Reglas Federales de la Prueba, las Reglas Federales de Procedimiento Civil (1938), las Reglas Federales de Procedimiento Penal (1946), el Código Uniforme de Derecho Comercial (1952), entre otros. Una buena fuente para conocer el contenido de estas normas puede ser: <https://www.law.cornell.edu/>. Inglaterra, por su parte, no ha sido ajena a este fenómeno y por esta razón cuenta hoy con varios “códigos” en materia procesal como las Reglas de Procedimiento Civil, las Reglas de Procedimiento Penal y las Reglas de Procedimientos de Familia, que se pueden conocer en el siguiente enlace: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules>.

2 Traducción propia.

3 Lo anterior presenta una gran diferencia con la carga de la prueba en el *civil law*, pues mientras en los ordenamientos jurídicos civilistas se deben probar los presupuestos del precepto jurídico aplicable, en el *common law* se deben producir las pruebas para rechazar las presunciones y cumplir con la carga de persuasión.

Presunciones (*presumptions*):

El Instituto de Información Legal de Cornell, define la presunción como una inferencia legal que se puede obtener a la luz de ciertos hechos (LII, S/F). Sin embargo, para el profesor Douglas Walton no hay consenso entre los doctrinantes acerca de qué es una presunción y cómo funciona, pero hay unos acuerdos generales de los que obtiene que una presunción es un mecanismo legal, el cual, a menos que suficientes pruebas sean introducidas para hacer que la presunción sea inoperable, lleva a que un hecho sea cierto a partir de la verdad de otro hecho (Walton, 2014, p. 85). Considera igualmente el profesor Walton que una forma apropiada de referirse a las presunciones es en términos de “el hecho presumido”.

El profesor Walton (s. f.) presenta un ejemplo en donde se presenta una presunción:

Donald compró una nueva impresora de Hewlett Packard y luego la devolvió y pidió la devolución del dinero. Sin embargo, la impresora fue devuelta a Hewlett Packard en un estado dañado y por esto la empresa se niega a devolver el dinero, alegando que le entregaron la impresora a Donald en buenas condiciones (sin daños). Donald afirma que el dinero debe ser devuelto debido al daño. Hewlett Packard afirma que desde que entregaron la impresora a Donald en buenas condiciones, el daño debe haber sido debido a él. Así en este caso, tenemos un conflicto de opiniones. Cada lado tiene una tesis, o afirmación hecha por ese lado, y la proposición que se afirma es verdadera por un lado y se opone a la del otro lado. (p. 12)

Se observa en este caso presunciones de ambas partes. Para refutarlas, cada parte deberá aportar las pruebas preponderantes (más probables que no) para rechazar la presunción contraria.

Sobre el particular, Walton (s.f.) menciona que, en casos como estos, debe ser aplicada una regla jurídica de carácter general como esta: “Si una parte prueba que ha realizado el envío de un bien en buenas condiciones a una segunda parte, y además prueba que el bien ha retornado en un estado dañado, emerge la presunción de que el daño se debe a la segunda parte” (p. 12). Pero aclara, que, en palabras de Strong esto no debe tomarse como una ley,

Pero puede ser reconocida como si tuviera la fuerza de una regla jurídica de carácter general, como se ha invocado en casos decididos en juicios, y pueden haber sido citados y aceptados específicamente como un principio por los jueces sus decisiones. (p. 12)

En cuanto a la determinación de la responsabilidad, aplicando la regla de Walton, esta depende principalmente de la capacidad de las partes de demostrar

las presunciones que afirma de la parte contraria y destruyendo las presunciones que se invocan en su contra. Estas presunciones, son, por tanto, presunciones fácticas que deben ser controvertidas y corroboradas a fin de extraer de ellas las consecuencias legales que se espera. Estas mismas, a su vez, no pueden confundirse con las presunciones de derecho (*iuris et de iure*) que se aplican en algunos ordenamientos jurídicos de países civilistas y que se constituyen en afirmaciones que no admiten prueba en contrario por disposición normativa.

Ahora bien, las presunciones en el derecho estadounidense, van ligadas a las cargas probatorias de producción y de persuasión, como se indica a continuación:

1.2. Carga de producción y carga de persuasión

La carga de producción (*burden of production*) es el deber que tiene el demandante de producir las pruebas y lograr que el caso vaya a juicio. Si el demandante no cumple con la carga de producción, el juez terminará el procedimiento (*dispose of the case*) tan pronto como sea posible, a través de un veredicto directo o de un juicio sumario (Regla 56 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil). Esta decisión se toma definitiva para el caso y no puede la parte demandante presentar nuevamente la demanda por existir una decisión de fondo, adquiriendo lo que se denomina en el *civil law*, efectos de cosa juzgada. Es de esta manera que la decisión que toma el juez no es en torno a la formalidad de la demanda, la cual en términos generales es irrelevante en los países del *common law*, sino que sus efectos son de fondo, es decir, están relacionados con la capacidad del demandante de lograr demostrar inicialmente que el asunto merece un juicio posterior. Es de esta manera que errar en la producción de las pruebas hará que la otra parte salga vencedora (Allen, 2014).

Para determinar si una carga de producción ha sido alcanzada, la doctrina ha establecido como una manera de obtener una respuesta, que “si entre un número de personas razonables, al analizar el conflicto y estudiar las pruebas que aporta el demandante, podría haber un desacuerdo sobre cuál parte debería salir vencedora” (Allen, Swift, Schwartz & Pardo, 2016, p. 719), entonces la carga de la prueba en cuanto a su producción ha sido lograda. Si bien esta fórmula es poco rigurosa y poco medible, los jueces suelen dar por satisfecha la carga de producción mediante este test.

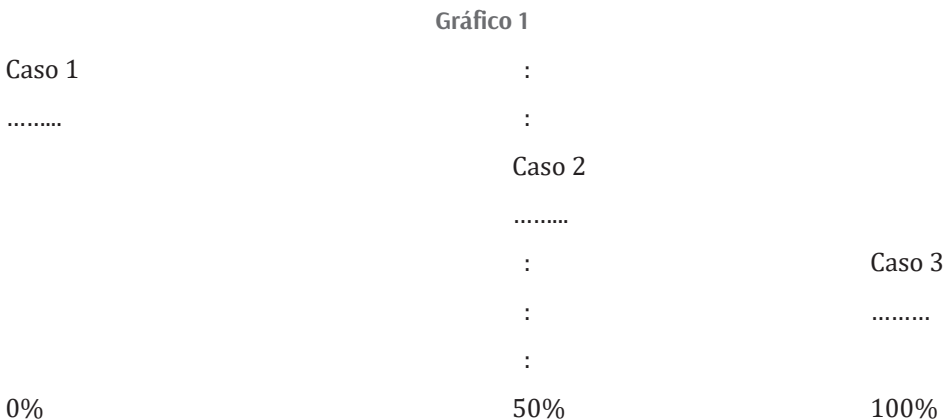
En cuanto a la carga de persuasión, esta tiene lugar luego de que el proceso ha superado la etapa previa al juicio (*pre trial*) y ya el asunto se encuentra ante el juez o el jurado (*fact finders*) para tomar una decisión de fondo. Esta carga, tiene por objeto lograr el convencimiento del fallador sobre las pretensiones o las defensas (conocidas como excepciones de fondo en Hispanoamérica). El profesor Allen considera que esta carga es necesaria para indicarle al juez o al jurado cómo

deben fallar a partir de las implicaciones de las pruebas aportadas. En otras palabras, le informa al decisor cómo decidir un caso a la luz de las incertidumbres que acompañan la presentación de las pruebas (Allen, 2014).

Si bien esta carga es de obligatoria satisfacción por las partes si desean obtener una decisión favorable, usualmente se considera que es el demandante quien está más obligado a satisfacerla, dado que cualquier duda acerca de la verdad de los hechos que fueron presentados por el demandante, será resuelta a favor del demandado. Es así mismo que se observa que la carga de producción está a cargo del demandante, mientras la carga de persuasión corresponde a ambas partes del proceso.

Surge de lo anterior, la necesaria pregunta sobre qué relación tienen las cargas probatorias con los estándares de prueba. Al respecto se puede afirmar que, mediante ambas cargas, de producción y de persuasión, se satisface el estándar probatorio de la preponderancia de la prueba (*preponderance of evidence*). Se puede definir este estándar de la preponderancia de la prueba como una carga probatoria, de producción y de persuasión, que deben cumplir las partes para obtener del juez o jurado un fallo favorable a sus pretensiones o defensas, según el caso, demostrando que las pruebas dan lugar a un grado de certeza de más del cincuenta por ciento de ser más probables que no.

El profesor Allen, representa estas cargas en el siguiente gráfico:



Fuente: Allen (2014).

En el primer caso, se encuentra una demanda en la que el accionante no cumple con la carga de producción, por tanto, la demanda debe ser desestimada por el juez tan pronto como le sea posible, puesto que el demandante no logró cumplir con el estándar, esto es, ha fallado al tratar de demostrar que sus pruebas dan lugar a una probabilidad del más del cincuenta por ciento de ser más probables que no;

continuar con esta demanda representaría una pérdida de tiempo y dinero. En el segundo caso, el demandante cumple con la carga de producción y por tanto, el caso merece procedimientos adicionales para una decisión de fondo, en cuanto entre un grupo de personas razonables podría haber suficiente desacuerdo sobre qué parte debería ganar, y allí se decidirá sobre quién tiene una versión más cercana a la verdad. En el tercer caso el demandante cumple con la carga de producción, pero además, las pruebas aportadas cumplen con una carga de persuasión suficiente que llevan al juez a tomar una decisión de fondo de manera anticipada, dado que las pruebas lo convencen de la verdad de los hechos, lo que evita un litigio largo y costoso.

Se encuentran así abordados los elementos de la carga de la prueba que enuncia la regla 301, ya mencionada: presunción, carga de producción y carga de persuasión. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la carga de persuasión se encuentra satisfecha solo cuando logra alcanzar el estándar probatorio requerido, según cada caso (Agudelo *et al.*, 2018), y que en materia civil, el más conocido, no el único, es el estándar de preponderancia de la prueba o de más probable que no (George & Sherry, 2009),

De este estudio es posible extraer como conclusión parcial, que en el derecho norteamericano la carga de la prueba consiste en probar los hechos presumidos de la parte contraria, para rechazar las presunciones que se afirman en su contra, y así lograr persuadir al fallador de que las pruebas aportadas demuestran que los hechos por él enunciados son más cercanos a la verdad que los de la parte contraria.

2. Inversión de la carga de la prueba

La carga de la prueba, dentro de la teoría general de la prueba, le corresponde a quien ha afirmado un hecho o una presunción, de ahí que la tarea del decisor sea determinar qué hechos han sido probados, sin importar quién ha probado dicho hecho (2009), sin embargo, en palabras de Taruffo (2009), en algunos casos, se traslada la carga de la prueba para asignar ventajas sociales, económicas y estratégicas entre las partes, razón por la cual se asignan estas cargas a la parte que tiene un fácil acceso a la prueba o, en ciertos casos, para liberar a la parte débil. Podría pensarse que en el caso del derecho de los Estados Unidos, por estar fundamentado en el principio adversarial, donde las partes son las encargadas del impulso del proceso, de la recaudación probatoria y donde se limitan los poderes del juez, la inversión de la carga de la prueba no podría darse. Pero esto no es así, algunos fallos de los tribunales federales y estatales demuestran que los jueces están ejerciendo poderes oficiosos que tradicionalmente no empleaban, que incluye el decreto de pruebas oficiosas, el interrogatorio a los testigos y la inversión de la carga probatoria.

Sin embargo, no existen reglas codificadas a nivel federal que regulen la inversión de la carga probatoria, sino que esta se ha planteado a través de una escasa jurisprudencia en la cual se ha trasladado la carga de la prueba a la parte contraria. Uno de estos es el caso *Barton vs. ADT Sec. Services Pension Plan*, donde un ex empleado solicitó la pensión a la que consideraba tenía derecho, la administradora de pensión (entidad privada) le exigió probar el cumplimiento de todos los requisitos para acceder a la misma, pero este no contaba con dichas pruebas, razón por la cual su solicitud fue resuelta desfavorablemente. En razón a esto, el ex empleado demandó a la administradora de pensiones y esta fue obligada a asumir la carga de probar que el solicitante no había cumplido con los requisitos para acceder a la pensión. Aquí se invirtió la carga de la prueba, puesto que la demandada no había exigido en los contratos con los afiliados la demostración del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, además que la demandada estaba en mejor condición de probar (Corte Suprema de Justicia, 2016).

A nivel estatal también se ha producido jurisprudencia que invierte la carga de la prueba, como en el caso *Harris vs. Truck Lines Inc* de la Corte Suprema de Justicia de California, donde se demandó a una empresa de transportes por lesiones ocasionadas a una persona con un camión de su propiedad. Se indicó en la demanda que el conductor y la empresa tenían responsabilidad por negligencia, mientras la empresa sostuvo que la colisión fue atribuible a una falla en los frenos. Al respecto indicó la Corte:

Corresponde a dicho acusado (...) demostrar con una preponderancia de la prueba (a) la causa de la falla; (b) que no se tenía conocimiento de dicha falla; (c) que nada en el uso anterior del camión, atribuible o conocido, contribuyó a dicha falla; (d) que el vehículo había sido inspeccionado y que se habían realizado operaciones de mantenimiento dentro de un período razonable antes del accidente; (e) que la causa de la falla fue de tal naturaleza que no pudo ser detectada por una inspección razonable dentro de un período anterior también razonable, o que la causa de la falla fue de tal naturaleza que surgió después de tal inspección y mantenimiento dentro de dicho período anterior; y (f) que la falla no se debió a la negligencia de ningún agente, ya sea empleado o contratista independiente, empleado por dicho demandado para inspeccionar o reparar los frenos⁴. (Corte Suprema de Justicia de California)

Concluyó en este caso la Corte indicando que “no se le puede permitir al demandado que está en mejor posición para descubrir y preservar la prueba, beneficiarse de la incapacidad del demandante para producirla” (*Harris vs. Truck Lines*).

4 Traducción propia.

Puede afirmarse, por lo mencionado, que en el *comon law* sí existe la inversión de la carga de la prueba, pero esta aún es tímida en comparación con la manera en que se desarrolla en países civilistas, donde los jueces usualmente son más activos al ejercitar sus poderes oficiosos, por ejemplo, para decretar pruebas de oficio.

3. Jurados y carga de la prueba

Surge ahora la pregunta: ¿Cómo logra un jurado lego determinar que una parte ha cumplido con la carga de la prueba?

Primeramente, es necesario mencionar que actualmente en los Estados Unidos los asuntos que llegan a juicio son mínimos, ya en el año 2004 se mencionaba que solo el 1.8 % de los casos iban a juicio, de manera que los jueces estaban llevando a cabo cada vez menos juicios que sus predecesores (Galanter, 2004) y recientemente se afirma que menos del 1 % de los casos llegan a juicio (Strong, Gómez & Piñeiro, 2016, p. 156), ya que el resto son resueltos por las partes en la etapa de descubrimiento a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre ellos, la conciliación y el arbitraje. Del número de procesos que llegan a juicio, solo una mínima parte tiene un juicio por jurado (Mullenix, 2014), lo que es indicativo de la importancia de esa figura en la actualidad.

Una situación que motiva a tener un juicio sin jurado es el hecho de que el juicio con jurado es un derecho renunciable y en muchos casos genera demoras para la fijación de fecha para el juicio, debido a las complejidades que tiene el proceso de selección de los jurados, además que las condenas en un juicio con jurado son bastante altas (Arrieta Caro, 2017), razón por la cual las partes prefieren una negociación.

No obstante, en los juicios que se desarrollan con jurados, estos son instruidos por el juez, quien les explica en qué consisten las cargas probatorias y los estándares de prueba y cómo deben tener por considerado que las partes han cumplido con dichas cargas. Su veredicto, basado en sus conciencias, no tiene argumentación, dado que los jurados se deben limitar a indicar si la persona es culpable o no culpable, sin necesidad de hacer apreciaciones técnicas, valoraciones o explicaciones del porqué de su decisión. Situación que hace imposible conocer si los jurados dominan las teorías de las cargas de la prueba e incluso los estándares de prueba requeridos.

No obstante, esto parece quedar en segundo plano cuando se busca favorecer la tradición norteamericana de los juicios por jurados, defendida como la bandera nacional. De manera que, mientras el derecho probatorio se ha ido tecnificando a través de los años en aspectos con la carga de la prueba y los estándares probatorios, las decisiones por jurados siguen estando en manos de jurados legos que no tienen que dominar la técnica probatoria. Esta problemática ha hecho emerger propuestas de un jurado educado, técnico y profesional (Strier, 1997), o al menos,

tener un cuerpo mixto de jurados, entre los cuales se cuente con expertos en manejo de evidencia científica (Hans, 2007-2008).

Ahora bien, tal vez podría pensarse que la técnica probatoria sí queda bien ilustrada en las decisiones de los jueces, cuando estos llevan a cabo juicios sin jurado. Sin embargo, esto no es del todo cierto, puesto que los jueces, a nivel estatal, no fundamentan sus decisiones, sus sentencias no tienen una larga explicación de hechos, pruebas, fundamentos de derecho y presupuestos procesales, como sucede en las sentencias que dictan en los países de tradición jurídica civilista; sino que sus sentencias son más bien actas de lo acontecido en la audiencia, precisamente, en razón a la tradición oral que gobierna a los países del *common law*.

El asunto cambia un poco a nivel federal, donde los jueces sí deben emitir sus decisiones por escrito, especialmente en asuntos que involucran cuestiones que atañen al derecho federal. Conocidas son, al respecto, las sentencias de la trilogía Daubert: Daubert contra Merrell Dow Pharmaceuticals, inc. (1993); General Electric Co. contra Joiner (1997) y Kumho Tire Co. contra Carmichael (1999), todas ellas producidas por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y en torno a la valoración de la prueba científica. Como también las famosas sentencias hito (*landmark cases*) sobre la igualdad Brown contra Board of Education (1954) o Universidad de California contra Bakke (1978).

Es solo en las sentencias escritas que pueden los abogados y los demás jueces conocer la valoración que ha hecho el juez de las pruebas, así como identificar los precedentes vinculantes. Es por esto que se afirma que no es a través de los jurados que se crea precedente, sino a través de las decisiones de los tribunales federales, y en especial, a través de sus sentencias escritas.

Dicho sea de paso, la labor de escritura de las decisiones judiciales en Estados Unidos es una novedad en términos históricos en ese país, lo cual, aunado a una creciente tendencia en el derecho de abandonar el precedente y fomentar el derecho legislado, implica grandes exigencias a los jueces. Por esto afirmaba el juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Hugo Black, que “la cosa más difícil de estar en la Corte fue aprender a escribir” (Strong, 2015, p. 95).

4. El descubrimiento probatorio

Otra de las particularidades del sistema jurídico de los Estados Unidos es el denominado descubrimiento probatorio o *Discovery*, llamado por algunos la doncella de la justicia adversarial (Mullenix, 2014).

Los orígenes del descubrimiento probatorio se ubican en el Derecho romano. “De hecho, las *actionem ad exhibendum* existentes en los actuales sistemas del Derecho civil proceden también del Derecho romano y puede decirse que consti-

tuyen una de las modalidades de acción originarias del actual procedimiento de *discovery*” (De la Rosa, 2014, p. 15), y:

este procedimiento se empleaba, fundamentalmente, para evitar la pérdida o desaparición de pruebas, en un contexto histórico en el que las distancias entre los justiciables y la administración de justicia eran amplias, de un lado; y, de otro, la separación temporal entre el juicio y el momento en el que tienen lugar los hechos de la causa era muy grande. (De la Rosa, 2014, p. 16)

Actualmente, en Estados Unidos (2018), esta etapa está regulada en el título V de las Reglas Federales de Procedimiento Civil (1938)⁵: *Disclosure and Discovery*, reglas 26 a 37, cuya última modificación fue en diciembre de 2018, y consiste en entrevistas privadas que las partes llevan a cabo entre sí luego de presentada y notificada la demanda y antes de ir a juicio. Se desarrolla con la asistencia de sus abogados, dirigidas por estos y en la cual deben exhibir todos los medios de prueba que tengan en su poder y que pretendan hacer valer en la etapa del juicio oral. Esto incluye documentos, testimonios, dictámenes periciales, inspecciones y demás elementos que puedan ser usados en juicio.

Esta etapa se desarrolla en espacios privados ajenos a los despachos judiciales, sin la presencia de funcionarios judiciales por tratarse propiamente de una etapa prejudicial. “La única vez en que un funcionario judicial puede verse involucrado en el proceso de descubrimiento civil es cuando surge un desacuerdo entre las partes sobre el cumplimiento de una solicitud de descubrimiento” (Mullenix, 2014, p. 53). Los costos originados durante el descubrimiento son asumidos por las partes. Estas deben cumplir de manera rigurosa con la exigencia de presentar todas y cada una de las pruebas que pretendan hacer valer en juicio en favor de sus intereses, so pena de ser excluidos del juicio y de exhibir las que sean solicitadas por la contraparte (Mullenix, 2014), en cuyo defecto deberán asumir las amonestaciones que imponga el juez.

Con esta exhibición se evita el factor sorpresa y se permite a la contraparte conocer las armas con las que su adversario irá a juicio:

La exhibición es una norma básica de los procesos civiles angloamericanos, que, en principio, va dirigida a evitar la sorpresa procesal durante la celebración del juicio. Antes de la publicación de las *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938, los contendientes no estaban obligados a mostrarse los documentos y medios de prueba que iba a utilizar en juicio, ya que, de acuerdo a la filosofía reinante, la

5 Estas reglas federales pueden consultarse en línea en el Instituto de Información Legal de Cornell: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>

sorpreza procesal en el juicio era una táctica admitida. Sin embargo, con las normas procesales de 1938 cambió la filosofía, pues se llegó a la conclusión de que la exhibición conduciría a una preparación más completa del juicio y a buscar una solución previa al mismo. (Alcaraz Varó, Campos Pardillos y Migueléz, 2006, p. 163)

Como producto del descubrimiento, las partes podrán emplear uno de estos tres caminos: “buscar una solución extrajudicial entre las partes, examinar las posibilidades de soluciones alternativas (...) o proseguir con el proceso hasta llegar al juicio” (Alcaraz Varó *et al.*, 2006, p. 162).

Estos mecanismos se fundamentan en la premisa de que el demandado no conocerá todos los hechos relacionados con la disputa al tiempo en que el demandante presente la demanda. Por lo tanto, los procedimientos de descubrimiento permiten a los litigantes, literalmente, “descubrir” los hechos y la información relativa al litigio después de la iniciación del proceso. (Mullenix, 2014, p. 52)

Ahora bien, a pesar de las aparentes ventajas que representa el descubrimiento probatorio, usualmente este figura, muy propia del sistema adversarial, es criticada por constituir una limitación al acceso de las partes a la administración de justicia (Nanda, 1998), situación que ha justificado la creación de reglas de proporcionalidad para su aplicación (Mullenix, 2014), además que usualmente es instrumentalizada para presionar un acuerdo con la contraparte o, finalmente, dilatar los procesos judiciales. Al respecto, algunas estadísticas indican que por abusos del descubrimiento, los procesos judiciales pueden tardar varios años, como en el caso del Estado de Delaware, donde un estudio “sugiere que los tribunales de Delaware se toman en promedio nueve años y medio para resolver las controversias que no implican una medida cautelar, aunque la sabiduría convencional indica que los tribunales de Delaware son inusualmente rápidos” (Strong, 2013, p. 152).

Esta situación también es similar en Inglaterra, país que incluye en sus procesos civiles la etapa de descubrimiento. Al respecto, se ha criticado que el descubrimiento probatorio no contribuye a la economía y la eficiencia de los procesos judiciales:

La escala de descubrimiento, al menos en los casos más grandes, está completamente fuera de control. La revelación completa y sincera del principio en interés de la justicia se ha devaluado porque el descubrimiento se lleva a cabo sin tener en cuenta la economía y la eficiencia en términos de la utilidad de la información que es probable que se obtenga de los documentos divulgados. (Woolf, 1997, p. 711)

Esto ha llevado a que tanto en Estados Unidos como en Inglaterra se hayan realizado modificaciones al descubrimiento probatorio. Pese a lo anterior, la naturaleza del descubrimiento probatorio, como una etapa pensada para que las partes lograran una amplia documentación de los medios de prueba de la parte contraria, tuvieran una mejor preparación para el juicio y que producto de esto la verdad emergiera, se encuentra actualmente desnaturalizada dado que esta se ha empleado como un instrumento de abuso para llevar a la contraparte a una guerra de desgaste o para presionar una negociación.

A partir de la experiencia norteamericana, en algunos países civilistas como Chile y Colombia, se ha intentado implementar la figura del descubrimiento probatorio como una etapa dentro de los procedimientos judiciales civiles. En Chile se denominó Etapa de Revelación Temprana de Evidencia Pertinente (ERTEP) (Peña Mardonez, 2017) y era parte de las propuestas de modificación al Código de Procedimiento Civil de ese país. En el caso colombiano se intentó implementar la figura de descubrimiento probatorio, a través de la audiencia de conciliación. Decía en su oportunidad el artículo 35 de la Ley 640 de 2001: “De fracasar la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder”, lo que obligaba a las partes a descubrir en la audiencia de conciliación las pruebas que tenían en su poder, so pena de no poderlos aportar en un eventual proceso judicial. Dicha disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-598 de 2011, M.P. Pretelt Chaljub, al manifestar que esta norma imponía a las partes una carga desproporcionada, a la vez que limitaba que ellas pudieran llegar a una negociación libre de sus diferencias⁶.

5. Carga de la prueba y descubrimiento probatorio

A partir de la exposición de la carga de la prueba y del descubrimiento probatorio, es importante preguntarse si durante la etapa del descubrimiento es necesario cumplir con la carga de la prueba. Al respecto, es útil recordar que la carga de la prueba es una exigencia para las partes para lograr la demostración de un supuesto jurídico, como sucede en los países civilistas, o de una presunción, como en el caso del derecho estadounidense. Igualmente, las cargas probatorias son particularmente importantes en la demanda y en la etapa del juicio oral, pero en

6 Dijo expresamente la Corte Constitucional colombiana en la mencionada sentencia: “Esta disposición impone una carga desproporcionada a las partes, pues si la idea de este mecanismo de resolución alterna de conflictos es que éstas libremente y voluntariamente se acerquen para acordar sus diferencias, sin necesidad de estar asistidos por abogado y sin tener que agotar los trámites de un proceso normal, la carga impuesta en el precepto acusado resulta limitando la posibilidad de llegar a un escenario libre de apremios para lograr la negociación de las diferencias” Sentencia C-598 de 2011. M.P. Pretelt Chaljub.

este intermedio, es decir, en el descubrimiento, ¿tiene importancia cumplir con cargas probatorias?

En cuanto a la demanda, como se dijo anteriormente, la carga probatoria es importante porque una vez es recibida esta, el juez podrá mediante un juicio sumario o un veredicto directo descartar la acción por falta de pruebas o, en su defecto, conceder las pretensiones de manera anticipada. Si ninguna de estas dos situaciones se presenta, luego de la notificación de la demanda, y ante la falta de un allanamiento, las partes de común acuerdo podrán dar inicio a la etapa de descubrimiento probatorio, antes de ir al juicio, y es aquí donde tiene importancia la pregunta realizada con anterioridad.

Una respuesta inicial podría ser que, dado que la etapa de descubrimiento es una etapa cuyo desarrollo depende enteramente de las partes, es dirigida solo por los abogados, en espacios privados y sin la presencia de autoridades jurisdiccionales, los abogados no están limitados por reglas procesales o probatorias como la contradicción, las reglas de admisibilidad o de exclusión, que sí son importantes en la etapa del juicio oral y no hay, en términos generales, control judicial, y por esto mismo no hay ninguna carga probatoria que las partes deban asumir. Sin embargo, en un análisis posterior, y en un sentido práctico, se puede indicar que sí existe carga probatoria en la etapa de descubrimiento, puesto que el objeto de esta es lograr, mediante la exhibición, el convencimiento de la otra parte de que una eventual decisión de un jurado o de un juez estaría a su favor y, de esta manera, lograr alcanzar un acuerdo con la contraparte, para evitar un juicio, si las partes están de acuerdo.

Es de esta manera que la carga de la prueba en la etapa del descubrimiento tiene importancia, debido a que mediante la exhibición probatoria se puede lograr un convencimiento de la contraparte sobre el éxito de las pretensiones o defensas a proponerse y, de esta forma, alcanzar una solución del conflicto de manera concertada.

Resultados

1. La carga de la prueba en el derecho estadounidense se desarrolla en dos momentos: en la demanda en la cual el demandante debe cumplir con la carga de producción so pena de tener una sentencia en contra de manera previa (juicio sumario), y en el juicio, etapa en la cual ambas partes deben cumplir con la carga de persuasión con la finalidad de obtener del fallador (juez o jurado) una decisión favorable.
2. La inversión de la carga de la prueba en el sistema jurídico de los Estados Unidos es una tendencia naciente, aunque extraña, dada su histórica vinculación con el principio adversarial.

3. El descubrimiento probatorio es la institución más importante del derecho de los Estados Unidos y en la cual se resuelve la mayor cantidad de conflictos, lo que evita que los procesos lleguen a la etapa de juicio; pero a la vez es una institución muy propensa a abusos de las partes para presionar llevar a la contraparte a una guerra de desgaste y así presionar un acuerdo.
4. El juicio por jurados es una institución que cada día está más en desuso en el derecho estadounidense. Tratándose de un derecho renunciante, las partes tienen una mayor preferencia por un juicio ante un juez, motivados en parte por la intención de tener un juicio más rápido.

Conclusiones

El derecho probatorio civil de los Estados Unidos, por estar enmarcado dentro de la tradición jurídica del *common law*, posee particularidades que pueden parecer extrañas a un abogado de la tradición jurídica *civil law*, sin embargo, al analizar en detalle las instituciones probatorias y al contrastarlas con el derecho del *civil law*, las diferencias parecen ser más formales que de fondo, dado que entre ambas instituciones se emplean cargas probatorias, las cuales deben ser llevadas a cabo por las partes, so pena de tener una sentencia en contra. A su vez, las cargas probatorias pueden ser invertidas en casos particulares mediante los poderes del juez.

De otro lado, el descubrimiento probatorio estadounidense, que se ha resalado como la característica principal del derecho probatorio civil, es actualmente objeto de críticas y de solicitudes de reformulación, ya que en su esencia ha sido desnaturalizada por el uso abusivo que han hecho de ella las partes en los procesos.

Adicional a lo anterior, se observa que la tendencia actual del derecho probatorio civil de los Estados Unidos es la aplicación de un derecho probatorio técnico en su iniciación (demanda) y en su culminación (sentencia), pero con un desarrollo privado, esto es en la etapa del descubrimiento, que es dirigida por los abogados, en espacios particulares y con poca o casi nula injerencia de los funcionarios jurisdiccionales y en la que se resuelve un alto porcentaje de los conflictos.

Referencias bibliográficas

- Alcaraz Varó, E., Campos Pardillos, M.A. y Migueléz, C. (2006). *El inglés jurídico norteamericano*. Barcelona: Ariel.
- Allen, R. (2014). *Professor Allen on Evidence*. China University of Political Science and law. Beijing: China University of Political Science.

- Allen, R. J., Swift, E., Schwartz, D. S. & Pardo, M. S. (2016). *An Analytical Approach to Evidence: Text, Problems and Cases*. Nueva York: Wolters Kluwers.
- Agudelo Mejía, D. A., Pabón Giraldo, L. D., Toro Garzón, L. O., Bustamante Rúa, M. M. y Vargas Vélez, O. (2018). *Derecho Procesal del Siglo XXI. Visión innovadora*. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín.
- Arrieta Caro, J. (2017). Rise and fall of the constitutional right to jury trial for criminal cases in the United States. *Derecho PUCP*, 78.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-598 de 2011. Instituto de Información Legal de Cornell. (sin fecha). Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/wex/presumption>
- De la Rosa, G. E. (2014). Prueba judicial y práctica del Discovery en la Unión Europea. *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, (5), 1-32. DOI: <http://dx.doi.org/10.25115/ridj.v3i5.1792>.
- Estados Unidos. Congreso. (1975). Reglas Federales de la Prueba.
- Estados Unidos. Congreso. (2018). Reglas Federales de Procedimiento Civil. Recuperado de <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>
- Estados Unidos. Corte Suprema de Justicia. Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. (2016). Sentencia Barton v. ADT Sec. Services Pension Plan.
- George, T. E. & Sherry, S. (2009). *What every law student really need to know. An introduction to the study of law*. Nueva York: Aspen Publishers.
- Galanter, M. (2004). The vanishing trial: An examination of trials and related matters in federal and state courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, 1(3), 459-570.
- Hans, V. (2007-2008). Judges, juries and scientific evidence. *Journal of law and policy*, (16).
- Mullenix, L. (2014). El descubrimiento de la verdad y la regla de la proporcionalidad. En García Posada, J. J. (ed.), *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (pp. 49-84). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, Corporación Universitaria Lasallista.
- Nanda, V. P. (1998). Access to justice in United States. *American Journal of comparative law*, 46(1), 503-530. DOI: <https://doi.org/10.1093/ajcl/46.suppl1.503>
- Peña Mardonez, C. (2017). Traduciendo el Discovery al civil law chileno: su aporte a los procesos de reforma civil. *Ius et Praxis*, 23(2), 79-120.
- Strong, S. I. (2013). ¿Por qué la armonización de los procedimientos del civil law y el common law es posible en los litigios pero no en el arbitraje? En Universidad de Medellín (ed.), *Proceso judicial y cultura* (143-170). Medellín: Universidad de Medellín.
- Strong, S. I. (2015). Writing Reasoned Decisions and Opinions: A Guide for Novice, Experienced, and Foreign Judges. *Journal of Dispute Resolution*, 1.

- Strong, S. I., Gómez, K. F. & Piñeiro, L. C. (2016). *Comparative law for Spanish-English speaking Lawyers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Strier, F. (1997). The educated jury. A proposal for complex litigation. *De Paul Law Review*, 47.
- Taruffo, M. (2009). *La prueba. Artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Walton, D. (2014). *Burden of proof, presumption and argumentation*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Walton, D. (sin fecha). *Presumption, burden of proof and lack of evidence*. Recuperado de <https://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/08IADA.pdf>
- Woolf, L. H. (1997). Civil Justice in the United Kingdom. *The American Journal of Comparative Law*, 45(4), 709-736. DOI: <https://doi.org/10.2307/841013>.