

MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER Y DEFENSA EN JUICIO

Por ATILIO ANIBAL ALTERINI
(Profesor Adjunto de Derecho Civil, 1.^a Parte)

- b) Medidas para mejor proveer. — El artículo 21 de la Ley 14.237. — a) El principio dispositivo; b) La comprobación de la verdad; c) Régimen de las medidas para mejor proveer (1): Forma de ordenarlas; 2: Medidas admitidas; 3: Frenos a la excesiva de prueba y la negligencia; 4: Apelabilidad; 5: La posición del juez).
- II) La denominada "trilateralidad".
- III) La facultad esclarecedora del juez y la defensa en juicio.

*"En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, e prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso"*¹.

I) MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER. — EL ARTÍCULO 21 DE LA LEY 14.237.

El artículo 21 de la Ley 14.237, de reformas al Código de Procedimiento de la Capital Federal, confiere al magistrado poderes de dos géneros distintos: instructorios y de conducción del proceso². La facultad esclarecedora, de índole instructoria, es ejercitada fundamentalmente por vía de las medidas para mejor proveer; y la de conducción, implica a su vez la defensa de los principios de igualdad, moralidad y economía.

Nos ocuparemos de un aspecto de aquella facultad de "esclarecer la verdad de los hechos controvertidos" —con prescindencia de los po-

¹ Artículo 21 de la ley 14.237 en su texto actual según lo dispuesto por el art. 21 del D. L. 23.996/94.

² PALACIO, LINO ENRIQUE: "Teoría y Práctica de la reforma procesal civil". Buenos Aires, 1958, págs. 94 y 96.

deros de conducción— vinculándola con una de las garantías que emanan del art. 18 de la Constitución Nacional: la inviolabilidad de la defensa en juicio.

a) *El principio dispositivo.*

La existencia de derechos subjetivos implica la posibilidad de ejercerlos o de hacer deserción de ellos, y en el orden procesal, la de llamar o no al Estado en el ejercicio de su poder jurisdiccional; y aún luego de haberlo llamado, la de someter ciertos puntos a su decisión, o dar por ciertos hechos que no se controvierten, pudiendo asimismo desistir, transar o abandonar el juicio: disponer en suma del proceso, brindándole origen e impulso, proponiendo los temas objeto de la litis, aportando finalmente el material tendiente a acreditar los hechos controvertidos.

En primer lugar, con palabras de Carnelutti², el pleito debe acercarse al juez para que éste juzgue, sin que pueda pensarse que el juez vaya a ir de por sí en busca del litigio. Significada, pues, esta posibilidad de promover o no la acción, una vez planteada, cabe a su titular "desenvolverla a su voluntad, dándole los desarrollos que de cualquier modo considere conformes a su interés"³, inferencia de lo cual es la facultad de proponer los medios probatorios con los cuales se demostrará la verdad de lo sostenido, y se hará viable la pretensión deducida, debiendo asimismo —una vez propuestos— aportarlos a los autos.

¿Cede el principio dispositivo, que con las bases expuestas informa el régimen del Código de Procedimiento, frente a la norma del artículo 21 de la Ley 14.237, que autoriza al juez a adoptar por su cuenta medidas tendientes a esclarecer los hechos controvertidos? Tal el problema que de inmediato plantea la reforma parcial del Código, y cuya solución parece obvia si se adopta el método de analizar el archipiélago por el archipiélago todo, y no el de caracterizarlo por sólo una de sus islas. Un código es un conjunto armónico ("sistema") de normas, orientadas por un principio que flota en ellas, configurando una suerte de espíritu que lo individualiza; el nuestro, esencialmente dispositivo no puede ver afectado su sistema por un artículo que si bien concede facultades al juzgador, lo hace dentro de límites que no desvirtúan ese principio orientador de la ley adjetiva en vigencia⁴.

² Citado por BASTROCHI FERRAZ, ABRAHAM, su nota en La Ley 21, pág. 3 (sec. dec.).

³ *Ibidem*, pág. 1.

⁴ GENTILE, ENRIQUE: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, 1962, pág. 188, expresa: "Por principio dispositivo la iniciativa de las pruebas corresponde a las partes. El juez no conoce, normalmente, otros hechos que

El juez siempre ha tenido poderes instructorios mayores o menores, pero que son de la incumbencia de su función decisoria; y los ha tenido ya con anterioridad a la reforma, a través del artículo 57 del Código de Procedimiento, que si bien más limitado que el artículo 21 en análisis, se los confería en buena medida. Podía el tribunal exigir posiciones a las partes, y aún interrogarlas libremente (art. 131); ordenar se trajeran a la vista documentos o autos; disponer pericias; y según el artículo 210 realizar inspecciones oculares. No le atribuía el artículo 57 la facultad de citar testigos* por su cuenta, pero si comparecían a la audiencia podía interrogarlos de oficio (arts. 192 y 131). Es decir que la diferencia más perceptible que de principio presenta el régimen actual con el del Código de procedimiento es que pueden citarse testigos como medida de mejor proveer, y que éstas pueden ordenarse en cualquier estado de la causa, mientras el artículo 215 del Código sólo las autorizaba luego de su conclusión para definitiva.

Diferencias como las expuestas, aún si se considera que el artículo 21 de la reforma es típicamente inquisitivo, no autorizan a sostener que el sistema procesal ha dejado de ser esencialmente dispositivo. Claro está que en todo caso, la índole de las acciones deducidas importa el ajuste de las facultades del juez a la especie del derecho en debate, puesto que en los juicios en que el orden público está tanto o más inte-

aqueños que han sido objeto de prueba por iniciativa de los litigantes. El precepto enuncia, entonces, que el juez no conoce más hechos que aquellos que surgen del expediente: *quod non est in actis non est in iudicio*. Este principio tiene limitaciones aún en los códigos más acorramentados dispositivos. Y en la nota 33, agrega: "La excepción más importante la constituyen las medidas para mejor proveer".

CHOVENOS, GUSTAVO: "Instituciones de Derecho Procesal Civil (trad. E. Gómez Ochaveja)", Madrid, 1934, como III, pág. 88, dice: "El predominio del principio dispositivo sobre la iniciativa del juez en la formación de las pruebas, este es, en la fijación de la verdad de los hechos, se funda también en parte, lo mismo que ocurre con la selección de los hechos que hayan de ser establecidos, en la casualidad de los pleitos civiles y de los intereses que, habitualmente, se ventilan en ellos; nadie es mejor juez que la propia parte acerca de las pruebas de que puede disponer, acerca de sus intereses individuales. Sin embargo, no cabe desconocer que el comportamiento pasivo del juez en la formación de las pruebas puede parecer menos justificado aquí que en la selección de los hechos; pues que una vez determinados los hechos que hayan de ser establecidos, el modo de hacerlo no puede depender de la voluntad de las partes, pues no hay más que una verdad". Luego, agrega: "Por lo que se comprende que en las leyes modernas, particularmente aquellas que han adoptado más ampliamente la oralidad del proceso, vaya señalándose una reacción contra el principio dispositivo, en favor de la iniciativa del juez".

* BENEDETTI, ALVARO M.: "Comentarios al Código de Procedimiento, Buenos Aires, 1941, nota al art. 57.

† BARRERAS, ALONSO M.: "El artículo 21 de la ley 14.257 y sus primeras aplicaciones. — Los poderes de instrucción del juez", en LA LEY, como 76, pág. 302.

resado que los titulares de los derechos subjetivos (v. gr., divorcio, filiación, nulidad de matrimonio) el juez no siempre está obligado a tener por ciertos los hechos reconocidos por las partes, y así como ejemplo no será factible el divorcio por mutuo consenso¹; pero eso no hace a la naturaleza del Código procesal sino que tiene afinencia —como se dijo— con la particularidad del derecho sustantivo del litigio.

b) *La comprobación de la verdad.*

Verdad judicial —lo probado en la litis— y verdad real —el acontecer humano—² son dos supuestos distintos cuyo aunamiento implica la concreción de la justicia en su sentido supremo. Empero, muchas veces aquélla no concide con ésta, y el fallo recae con un contenido formal exacto pero con un falso encuadre en la realidad; es que, en esencia, "no hay posibilidad sino dentro de las fórmulas académicas de que existe un sistema legislativo donde impere la verdad material pura"³. De ahí que la facultad esclarecedora del juez encuentre vallas insalvables para la comprobación de la efectividad de aquellos hechos que, admitidos por ambas partes, adquieren certeza formal; con la lógica ampliación que deriva de la especial naturaleza de aquellos asuntos que, por tratarse de cuestiones vinculadas de modo directo con el orden público, autorizan la inquisición para estudiar la realidad del acontecer fáctico.

El artículo 21 de la ley 14.257 faculta a adoptar determinadas medidas, con miras a "esclarecer la verdad de los hechos controvertidos"⁴. Debe, en consecuencia, tratarse de hechos objeto de discusión; y deben ser esclarecidos, no investigados.

¹ ALBINA, HUGO: "Facultades del juez para ordenar de oficio medidas de prueba en el proceso civil", en *Revista de Derecho Procesal*, año 1954, 1ª parte, pág. 8.

² DÍAZ DE GUZMÁN, ENRIQUE: "Abogados y Jueces", Buenos Aires, 1939, págs. 29 a 34.

³ AYARRAGARAY, CARLOS ALBERTO: "Reforma procesal", Buenos Aires, 1937, pág. 78. Acepta enseguida: "¡Dios nos libre de semejante régimen! ¡No tendríamos ni la seguridad de nuestro propio origen!". Dice WACZ (citado por GONZALEZ, ROBERTO, en *La Ley*, tomo 72, pág. 885): "La comprobación de la verdad no es el fin del proceso civil y no puede serlo. Ella es un resultado deseado, pero no asegurado".

⁴ SOTO, ALBERTO G.: "Reformas al Código de Procedimiento en la Civil y Comercial de la Capital Federal", *Just. Arg.*, 1954-I sec. doc., pág. 1, dice: "El juez puede —y debe— adoptar las medidas conducentes a esclarecer la verdad, pero de los 'hechos controvertidos', y manteniendo inalterada la igualdad de las partes. Además, por lo tanto, a estas, configurar el "thema decidendum", en la medida en que no está involucrado el orden público y la orden público y la regla moral de acuerdo con lo dispuesto por las leyes sustanciales". En sentido semejante, ANAYA, op. cit. loc. cit., págs. 37/38.

Los hechos controvertidos son aquellos sobre cuya efectividad discrepan las partes y así se excluyen —porque lo exige la naturaleza misma del sistema dispositivo— todos los que admiten como ciertos. El magistrado por regla general no puede entrar a investigar las circunstancias acerca de las cuales las partes —expresa o tácitamente— concuerdan que se han producido efectivamente.

Por otro lado, el juez debe tender a esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, pero no a investigarlos libremente. Si las pruebas allegadas a los autos le presentan algún punto de duda, puede salvarlo con la adopción de las medidas para mejor proveer, pero sin perder de vista que la actividad probatoria sigue siendo una carga para las partes que sostienen la controversia y que deben ellas, en principio, proporcionarle los elementos con que se lleguen a acreditar los extremos que basan sus posiciones respectivas¹¹.

c.) Régimen de las medidas para mejor proveer.

1) Forma de ordenarlas.

El auto que las dispone no ha menester de ser fundado, encabizándose en la práctica con la fórmula ritual "para mejor proveer"¹². Antes de la reforma debían decretarse tras el llamamiento de "autos"¹³ pero actualmente pueden serlo en cualquier estado de la causa; va de suyo que también pueden ordenarse para sentenciar un incidente.

Se ha resuelto¹⁴ que en principio deben decretarse en una sola oportunidad —se entiende, para dictar cada sentencia, interlocutoria o definitiva— pero pueden serlo en más si las dictan distintos jueces.

¹¹ RIVEROLET (citado por BENNETTO, op. et loc. cit., págs. 665), expresa que "es indudable que existe una notable diferencia de sistemas según se establece que el juez pueda tan solo salvar alguna duda, como consecuencia del examen y estudio de la prueba aportada por las partes, o que, por el contrario, se imponga al mismo el "deber" de buscar y allegar la prueba, dejando a las partes simplemente la posibilidad de una actividad probatoria de merecimiento y no como "carga" para la defensa de sus intereses".

¹² FERRIS MIZANZO, SANTIAGO: "Revista de Derecho Procesal", año 1944, 2ª parte, pág. 135, critica en su nota titulada: "Medidas para mejor proveer", la costumbre judicial de cubrir con la denominación de tales medidas que no son de naturaleza probatoria.

¹³ Sin embargo, la Cám. Civ. 1ª admitió alguna vez (L. L. 10-494) que se ordenaran en cualquier estado de la causa. AVAMACANAY (op. cit., pág. 85), dice que deberían dictarse "en un momento determinado y en una sola resolución".

¹⁴ Cám. Civ. "D", L. L. 78-257. De cualquier manera, si la duda no se aclara, podría dictarse una nueva medida; el límite de las oportunidades debe marcarse la prudencia.

Las partes no pueden pedirlos, o más estrictamente, su pedido no obliga al magistrado "quien al ordenarlos ejerce una facultad que le compete ("podría disponer" dice la ley)" y tal es lógico pues si estima que su criterio está suficientemente ilustrado debe pronunciarse sin más, no siendo menester aclararlo con ayuda de dichas diligencias.

Se ha interpretado que el juez puede revocar el auto por el cual las ordenó, pues siendo facultativo el decretarlas, debe concedérselo el dejarlas sin efecto". Empero, es de principio que la facultad del tribunal para rever sus decisiones termina en cuanto el auto queda firme, por lo cual sólo podría revocarlo, de oficio o a pedido de parte, antes de que vencieran los términos legales para recurrir de la medida.

Las medidas para mejor proveer, si se dictan antes del llamamiento de autos para definitiva, quedan notificadas por nota por cuanto el actual artículo 33 del Código de Procedimiento no dispone lo contrario"; en cambio, según lo establece su inciso 4°, debería ser personalmente o por cédula si se decretan tras el llamamiento de autos".

2) Medidas admitidas.

"El juez no puede formar su convicción según el conocimiento personal que hubiere adquirido de los hechos del litigio, fuera de los medios de prueba o de instrucción admitidos por la ley y administrados o puestos en ejecución según las reglas que ella prescribe" 14. Por ello no puede

14 Las partes pueden indicar medidas sin exigirlas (Cán. Civ. 3º, J. A. 7-179). y ni aún el ministro fiscal puede hacerlo si su intervención no está fijada por motivos de orden público.

15 Sin embargo, la Cám. Civ. "D" ha estimado que se trata de un "deber" el ordenarlas (L. L. 93-90 (282-3). Para la C.S.J. (Fallos, 218: 590 (ver L.L. 89-82)). "La renuncia conciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia", y la facultad para decretar medidas para mejor proveer "no puede ser renunciada en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino simplemente la ilustración ritual de la aplicación del derecho". En idéntico sentido, Cám. Civ. "B", G.P. 137-83.

16 SERRA MINERVA: Op. et loc. cit., pág. 138 y jurisprudencia que cita en nota 22. Para FANER, ANAZOR E. ("Medidas para mejor proveer", La Ley, 27-396, nota 133) el auto que las deja sin efecto no causa agravio.

17 El inciso 2º del art. 33 ordena la notificación personal o por cédula de "la providencia que ordena la absolución de posiciones": se refiere a la citación al ajuicio, más no a la orden de producir la prueba.

18 Antes de la reforma ése era punto de doctrina muy controvertida. Digiéndonos a admitir la notificación por nota de las medidas que —por su régimen anterior— se debían dictar tras el llamamiento de autos (J.A. 2-348: 19-822; 34-1106; L.L. 3-1902). Para la orientación actual de la jurisprudencia, véase el capítulo III.

19 FANER: Op. et loc. cit., quien en notas 123 y 124 menciona doctrinas y jurisprudencia extranjeras.

fundar su sentencia en hechos que no surjan de los autos, ni procurar elementos de prueba que no le sean indicados en un modo u otro por las mismas constancias del expediente"; bien entendido que esa limitación reconoce un doble género de excepciones: cuando la cuestión afecta al orden público o si se advierte un propósito colusivo". Tampoco le es autorizado ordenar diligencias prohibidas por la ley" o que impliquen ejercer violencia física o moral sobre las personas".

3) Frente a la carencia de prueba y la negligencia.

En el delicado problema de si cabe decretar medidas para mejor proveer ante la inactividad de las partes o si procede cuando no se han propuesto pruebas, o se las ha desistido, corresponde formular varias distinciones.

En el caso de que la parte demandada comparezca a estar a derecho, pero sin constatar el traslado que se le ha corrido, no caben las medidas pues no hay "hechos controvertidos" toda vez que la parte al no negarlos los ha aceptado tácitamente (arg. art. 100 inciso 1º del C. Procedimiento); pero si la parte es rebelde el juez puede decretarlas (art. 435), pues los hechos no han sido admitidos —si expresa ni tácitamente— y la actora obtendrá lo pedido, pero sólo siendo justo (art. 434), por lo cual cabe elucidar el grado en que la pretensión deducida resulta arreglada a derecho".

Se ha sostenido que no caben las medidas para mejor proveer si las partes no ofrecieron prueba" y que el juez no podría "llenar todo el vacío probatorio"; admítase que no pueda cubrir todo un vacío, pero sí parece posible que pueda colmar algún claro que le sea necesario para

" La Cám. Civ. "C" (con voto de Bazzano que concurrirá con la solución. L.L.78-290) ordenó la declaración de castigo de una parte negligente a su respecto la de un testigo de la otra que lo desistió a consecuencia de ello; y también la inutilidad de un diario íntimo que fue mercionado sin exhibirlo como prueba. El artículo 237 del C. Proc. italiano autoriza la citación de oficio de quienes son mencionados por un castigo.

" ALINA: Op. et loc. cit., págs. 33-40. También para las dos notas que siguen.
" Ver Fallos 229-622. Passer, op. et loc. cit., pág. 570, critica el fallo de la Cám. Civ. 2º que se fundó en cartas mistivas que para mejor proveer se citó a reconocer a terceros, a pesar de la prohibición del art. 1436 del C. Civil.

" El mismo tribunal decidió (J. A. 23-607) que la medida que ordenaba análisis de surcos y obtención de impresiones digitales y fotografías era violatoria de la Constitución Nacional, art. 17.

" Serró Martínez: Cit., pág. 136. La Cám. Civ. "D" (L.L. 54-111) resolvió que no corresponde suplir la falta total de pruebas de una parte, máxime si la contraria, ante el desistimiento de aquella desistió la suya propia.

" Aut. cit., pág. 136.

completar los elementos de información brindados por la demanda y su respuesta.

Para el supuesto de ofrecimiento de prueba que resulta desestimado, a pesar de la opinión contraria¹⁸ cabe formular algún dístico. Si la medida se desestimó por versar sobre un hecho no articulado, o manifiestamente inconducente, o por ser inútil, desde que la situación no ha podido variar con el desarrollo del pleito, no cabrá disponerla para mejor proveer; pero sí podrá ordenarse, por ejemplo, en el caso de haberla desechado por un ofrecimiento extemporáneo si es que no le alcanza alguna de las circunstancias mencionadas precedentemente.

En el supuesto de haberse ofrecido prueba que luego fue desistida, nada obsta a que el juez ordene máxime si al hacerlo se defiende un principio de lealtad o de buena fe procesal¹⁹. La parte pudo, es verdad, considerar una prueba ofrecida como inconveniente o inútil; pero si le es inconveniente y ayuda a resolver la cuestión debe ser aportada, y si no resulta tan inútil como pareció, corresponde ordenarla. El juez informará su criterio al disponer la medida en el caso, de las mismas constancias de los autos, y no más allá, pues en ellos se la había ofrecido.

Con idéntica razón puede el tribunal ordenar para mejor proveer medidas que completen o integren las pruebas producidas, como por ejemplo someter puntos de pericia ampliatorios al experto.

Queda por resolver el problema de si pueden ordenarse como diligencias para mejor proveer aquéllas en que recayó inactividad de partes que al exteriorizar su incuria hizo precedente la declaración de negligencia. Dificultad extrema del instituto en examen ha movido a doctrinarios y tribunales a pronunciarse a favor²⁰ o en contra²¹ de esa

¹⁸ *Ibidem*, con cita de jurisprudencia en pág. 129, nota 25.

¹⁹ Es común —aunque no siempre demuestre agudeza de criterio— que una parte confíe en la producción de una prueba por la contraria y ésta la desista. Véase el fallo citado en la nota 22.

²⁰ AVARREARAN: *Op. cit.*, pág. 68; aunque en su obra posterior, "El principio de la inmutabilidad en el proceso", pág. 213, dice que "la caducidad de la prueba impide el esclarecimiento de oficio". BARRON DE ANGELIS, *DAVILA*: Nota en La Ley 84-800; SERRA MULLER: *Op. cit.*, pág. 129; TERESAUREZ DE CASAL, ARMANDO: *Jur. Arg.*, III-241 (dice que son inútiles "precisamente cuando las partes han sido bien diligentes en la producción de sus probanzas"). *Cán. Civ. 1º*, J. A. 25-911, respecto de la pericial; en J. A. 34-654 acerca de la remisión de expediente administrativo. *Cán. Paz Sala 1º*, en G. P. 23-249; Sala IV, G. P. 79-277.

²¹ *DAVILA*, JULIO: Nota en La Ley 75-301; *COVATTA*, EUGENIO J.: "Teoría de las diligencias para mejor proveer", Montevideo, 1932, pág. 122; *ALBA*, HUGO: "Tratado", 1ª edición, tomo I, pág. 192. *Cán. Civ. 1º*, L.L. 26-521, 21-301; *Cán. Civ. "A"*, L.L. 84-246; "C", *Doc. Jud.* 1258-II-278; "D", L.L. 84-37; "E", L.L. 77-28; "F", L.L. 96-126 (2129-3); *Cán. Com.*, "A", L.L. 98-703; "B", L.L. 95-126 (1935-6). *Sup. Corte Ba. An.* L.L. 75-225; C. N. Paz, Sala II, G. P. 58-28; Sala IV, G. P. 39-189.

posibilidad. Ahí, quien en su "Tratado" no admitió que se purgara la negligencia, posteriormente " formuló una diferencia entre la parte que no ofrece prueba alguna y la que es declarada negligente. En el primer caso —a su juicio— no cabrían las medidas para mejor proveer; en el segundo sí, porque habría lo que llama un "principio de prueba". En concordancia sostiene que la resolución dando por decaído el derecho de producir pruebas "no impide al juez suplir la negligencia de las partes, desde que hay aquí un comienzo de actividad que puede haber quedado frustrado por causas que no le son imputables, las que deben ser valoradas por el juez y siempre que con ellas no se sanee la posición del litigante a quien favorezca o que la negligencia no traduzca el propósito de abandonar la instancia".

4) *Apelabilidad.*

Es otra cuestión solamente discutida que entronca en su esquema con la verdadera índole de las medidas para mejor proveer. En principio —se sostiene— son irrecurribles; pero se abre la posibilidad de revisarlas teniendo en mira que constituyen una facultad pero no son de uso discrecional del juez."

Ahora bien: serán apelables, sin más, las medidas que con la apariencia de "mejor proveer" no son tales. " Las auténticas diligencias para mejor proveer, esto es las de naturaleza probatoria, no son apelables; salvo que lleven en sí un vicio que las invalide, sea por haberse ordenado una medida prohibida por la ley o por conculcar la defensa en juicio o por adolecer de defecto semejante. " Pero en todo caso, aún si no se abrió el recurso, el Superior —al conocer en los autos— puede, si lo estima ajustado a derecho, dejar de lado la medida ordenada y producida en la instancia inferior."

5) *La posición del juez.*

Síntese como principio al analizar qué posición adopta —o debe adoptar— el magistrado al ordenar las medidas para mejor proveer,

" FABRE: Op. cit. loc. cit., anotaciones 128 y 129-131 principalmente.

" Cám. Civ., Sala "B", L.R. 70-609.

" SERRA MIZUNO: Cit., págs. 141-142. COURVOISIER: "Teoría de las diligencias..." cit., Nº 85 y 92.

" Propugnan la inapelabilidad, JORRÉ, MARIU: "Manual", 5ª ed., tomo I, pág. 192; POZZETTI, RAUCCI J.: "Código de Procedimiento de la Provincia de Mendoza", 1-168.

" Sin embargo la Cám. Com. "B" decidió que una vez conocida y practicada una medida para mejor proveer es improcedente el reclamo fundado en que el juez carece de facultad para decretarla (G. P. 132-134).

que es neutral ante las partes; si así no lo fuera, con medidas de esta índole o sin ellas, el fallo no resultaría justo ni legal.

Establecido ese presupuesto se requiere del Tribunal una actitud de equidistancia, que debe ser objetiva y no subjetiva para algunos, "subjetiva y no objetiva para otros," pero que en su ideal debe serlo tanto en uno como en otro sentido: no saber a quién se va a favorecer, y procurar no favorecer a ninguna parte. Si alguna de ellas sale vencedora por obra de la medida, que quede la certeza de que lo es por obra de la razón que le asistió y se acreditó con ella."

II) LA DENOMINADA "TRILATERALIDAD"

Definiéndola se ha dicho que ella implica el "hecho de intercurrir la relación procesal entre las partes y el órgano jurisdiccional" ". Frente al sujeto pretensor y al sujeto pretendido, se ubica el poder jurisdiccional que se aboca al conocimiento del pleito y decide la controversia suscitada. Y ellos no actúan separadamente, independientemente, sino que lo hacen —bien que su actividad sea la resultante de intereses y móviles distintos— de manera armónica. Las partes pretenderán la afirmación de sus posiciones respectivas; el juez, según la acreditación que de ellas se haya formulado, fallará el litigio, condenará al vencido o desestimaré el reclamo, y hará que el perdedor repare los perjuicios ocasionados al haber obligado al contrario a litigar, mediante el pago de las costas derivadas de su actuación en juicio.

La petición de una parte motiva un traslado; la decisión del juez no queda firme hasta que transcurra el término para recurrirla; las pruebas se contralorean en su producción; la confesión o la declaración de un testigo debe producirse en audiencia a la que debe citarse a las partes; el resultado de informes o pericias se hace saber; el diligencia-

" La obra que citamos en la nota (8), pág. 58. Ver la cita de una confesión suya que hace Bramberg en L.L. 18-204, en la que sostiene que a pesar de la negligencia ha existido actividad parcial o comienzo de actividad que no llegó a concretarse.

" Sverch Milazzo, pág. 131: "No ha de tener preocupaciones por la equidistancia subjetiva, que siempre existirá, sino por el desequilibrio objetivo que pueda producirse no obstante aquella".

" Cóm. 1.^a Civ. y Com. Córdoba, citada por Bramberg: "El juez tiene potestad para dictar medidas a fin de mejorar procesos, siempre que proceda con equidistancia, que no es tanto la equidistancia objetiva en los actos, como la equidistancia subjetiva en la intención del funcionario".

" Ha dicho la Cóm. Civ. "D" que si es cierto que el resultado de una medida puede perjudicar a una parte, no lo es menos que al interés de la justicia no le resulta perjudicial conocer la verdad (L.L. 90-341);

" AYZARACANAV: "El principio de la imparcialidad..."; pág. 126, citando a DELLA ROCCA.

miento de medidas por vía de exhorto conlleva la facultad de intervenir asimismo ante el juez exhortado. Producida la prueba, las partes alegan sobre su mérito; sobre la eficacia de la propia y la ineptitud de la producida en sentido contrario; recaída sentencia y devuelta su jurisdicción al Tribunal de Alzada por la vía del recurso, se expresan los agravios que la decisión del inferior ha motivado.

Todo ello indica que en el proceso rige el principio de contradicción, íntimamente conectado con la defensa en juicio que garantiza la Constitución Nacional⁴¹, que autoriza a oponerse a la ejecución del acto. Y el de contralor, que confiere derecho a verificar su regularidad.

III) LA FACULTAD ESCLARECEDORA DEL JUEZ Y LA DEFENSA EN JUICIO.

Todo lo dicho acerca del funcionamiento de las medidas para mejor proveer, indica con claridad que ellas constituyen medidas de prueba no distintas en su esencia a las producidas por la propia iniciativa de las partes.

La defensa en juicio supone la posibilidad de afirmar y de probar⁴², garantiza la audiencia de la parte, el ejercicio de sus facultades contradictoria y de contralor. Y siendo las medidas probatorias ordenadas para mejor proveer sólo una especie dentro del género de las pruebas, su producción está sujeta a las mismas reglas que ordenan la producción común de ellas.

Los principios generales exigen que las actuaciones de prueba se practiquen en audiencia pública bajo pena de nulidad⁴³ que las reciba el juez —o el secretario en casos expresamente delimitados— de la jurisdicción o el exhortado⁴⁴; que medie citación de partes⁴⁵. La producción de pruebas está sujeta así al contralor de los demás participantes del proceso y aún de la opinión pública como sostiene Albina; y por ser medidas probatorias, las de mejor proveer también deben estarlo en su producción.

Además las medidas para mejor proveer llevan implícita la posibilidad de contrarreplicar la actividad esclarecedora del juez, puesto que la contraprueba es de la esencia de la defensa en juicio.⁴⁶ Esta

⁴¹ ALBINA: "Tratado", tomo I, pág. 265.

⁴² C. S. J. en J. A. 1950-I-233.

⁴³ ALBINA, como I, pág. 214.

⁴⁴ CONS. actual art. 188 "in fine" del C. Procedimiento.

⁴⁵ ALBINA, I-215.

⁴⁶ AYARAGARAY: "El principio...", pág. 179 y nota 34: "Reforma Procesal", pág. 82, 330, etc.

afirmación sin embargo no es pacífica. Sentía Meléndez "controvirtiendo la opinión de Peredy" —quien exige el control de ellas por las partes— afirma que "las medidas para mejor proveer no corresponden a la esfera de las partes sino a la esfera del juez, careciendo de base científica la opinión de Peredy".

En algunos fallos¹⁰ se le ha atribuido a Jofré una opinión semejante. Sin embargo, la lectura del "Manual" de este proemialista indica que la opinión en todo caso sería de su anotador y actualizador Isaac Halperín y que sin embargo no es clara en el indicado sentido¹¹.

Además los Tribunales se han expresado varias veces en sentido que implica una lesión de la garantía de la defensa en juicio. Antes de la ley de reforma habían sostenido: que el auto que designa perito puede atacarse alegando falta de control de la pericia¹²; que no es necesaria la notificación a las partes de las medidas para mejor proveer¹³; que no es menester la previa audiencia y que su omisión no motiva nulidad por cuanto ella no está prevista¹⁴. A lo que debe agregarse la afirmación de que no violan la defensa por no emanar de las partes sino del juez¹⁵ y estar bajo el control de éste¹⁶. También resolvió un tribunal que el auto que ordena las medidas no debe ser notificado por cuanto es atribución personal y facultativa del juez, extraña a las partes¹⁷.

Ultimamente se ha decidido¹⁸ que las medidas para mejor proveer no requieren audiencia de partes desde que como no son apelables la omisión de su notificación no puede acarrear nulidad. El principio

¹⁰ Op. cit., pág. 132.

¹¹ FERRER, ALBERTO: "Comentarios al Código de Procedimientos en lo civil y comercial de la Provincia de Santa Fe", Bs. As., 1912, tomo I, pág. 391.

¹² Cám. Trib. Sala I, L.L. 96-273 y voto del Dr. Ratti en L.L. 96-145.

¹³ En la pág. 197 del tomo I afirma que "se disponen sin audiencia de partes", no fundamentando su aserto en otra consideración que el fallo de la Cám. Com. en L.L. 10-729, que cita en su nota 14. Pero si aún parece la verdadera opinión de HAUENSTEIN la que parece traducir sus palabras, puesto que dice en el mismo tomo (citando en nota 14 a la C. S. J. en J. A. 49-493) que "las partes pueden solicitar su ampliación al momento de notificarse de ellas".

¹⁴ Cám. Com. L.L. 8-759, J. A. 44-905.

¹⁵ Cám. Civ. 1ª, J. A. 34-1106.

¹⁶ Cám. Com. L.L. 10-729.

¹⁷ Cám. Com. L.L. 8-759.

¹⁸ Sup. Corte Bs. As., J. A. 26-1395.

¹⁹ Cám. Nac. Paz, G. P. 73-277.

²⁰ Cám. Com. "B", J. A. 1929-1-575. El mismo Tribunal, en E. D. N° 3-1963, pág. 394, con cita de otros precedentes. Se basó en la incurriridad. Cám. Com. "C", E. D. N° 3-1963, pág. 606, invocando antecedentes. En otra oportunidad la Sala "B" dijo que la apreciación de la procedencia o improcedencia de las medidas para mejor proveer, así como las objeciones que surran al procedimiento

tratado es peligroso: la inapelabilidad —cuestión harto discutible— no significa que la medida a producir sea incontrolable; y otro argumento invocado, el de que su orden no está comprendida entre las providencias que deben ser notificadas aún si se la hubiera dictado después del llamamiento de autos, está en colisión con el art. 33, inc. 4º del C. Procedimiento en su redacción vigente. Otra vez se resolvió que si no se establece el agravio que ha ocasionado la omisión de notificar la pericia ordenada para mejor proveer no procede la nulidad pues ésta no puede ser alegada por el simple hecho del contralor de la prueba". La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires decidió " que los tribunales del Trabajo no están obligados a correr vista a las partes de una pericia dictada para mejor proveer.

Para el criterio contrario, que conceptuamos acertado, tuvo acogida en otras ocasiones. Antiguamente, en fallo ya citado" se expresó que la omisión de la notificación del auto que ordena la pericia para mejor proveer autorizaría a impugnar la diligencia y desconocerle valor probatorio, aunque no a sostener la nulidad de la sentencia, bien que el criterio seguido no aparezca claro de la decisión; sin embargo no se conceptuó necesaria la notificación ordenada del auto que fijó la medida, por ser —se dijo— inapelable, criterio con el que disintió el doctor Zambrano. La Cámara Federal de Mendoza" también había resuelto que es nula la pericia realizada sin notificar a las partes ni consentirse la designación del perito.

Una recorrida por los repertorios de jurisprudencia muestra otras decisiones concordantes en época reciente. La Cámara Nacional en lo Civil resolvió que debe notificarse por cédula la medida dictada después del llamamiento de autos, no sólo porque lo suspende, sino porque resanada la producción de la prueba, lo que deben conocer las partes"; y que no hay preclusión respecto de las medidas para mejor proveer de las que no se tuvo conocimiento, si fueron decretadas tras la notificación por nota del llamamiento de autos". La Cámara Nacional del

seguido para su realización deben ser sometidos al Tribunal de Alzada según los recursos que correspondan y no mediante una recusación con causa (J. A. 1951-V-281).

•• Doc. Jud., 1957-II-158, Cas. Com. "A".

•• Rep. L.L. XVI-629.

•• Cám. Com., L.L. 6-769.

•• L.L. 26-190. Muy inexacto es destacar, en el caso, que siendo recusables los peritos, su designación debe ser consentida por las partes, no pena de afectar la liber delicta en juicio.

•• Sala "B", L.L. Rep. XX-997 (1925-5).

•• Sala "D", L.L. 96-686 (1927-2).

Trabajo estimó que "una pericia dispuesta como medida para mejor proveer no se diferencia de las solicitadas por las partes sino en cuanto a su origen, ya que por su naturaleza e importancia como elemento de juicio llamado a orientar el juzgamiento y acaso fundarlo, son potencialmente idénticas para el resultado final del pleito" *; y en otra oportunidad, que una vez consentido el auto que ordenó una pericia para mejor proveer, el hecho de no haberse dado vista de la misma posando en seguida los autos a sentencia haría caber una nulidad **. La Cámara Nacional de Paz ** anuló la sentencia dictada sin haber notificado previamente el auto que hizo saber la pericia ordenada para mejor proveer, tras encontrarse el expediente en estado de dictar sentencia.

Como última opinión, a agregarse a las ya citadas, cabe mencionar la de Abina ** para quien la diligencia debe practicarse con intervención de las partes, y no debe ser cumplimentada mientras el auto —notificado— quede firme.

Las medidas para mejor proveer no escapan a las reglas generales que rigen la prueba, y han de armonizarse con los principios que orientan el Código de Procedimiento. Por ello deben decretarse con notificación —personal o por cédula, o por nota, según corresponda al estado de la causa— y las partes pueden ejercer su contralor y ofrecer la contraprueba. Aún les cabe exigir que ésta se decrete, y deberá hacerse en cuanto se justifique el agravio que la omisión causaría y la posibilidad de devirtur la probanza requerida de oficio. La inviolabilidad de la defensa en juicio y la consiguiente vigencia de la Constitución Nacional, lo exigen imperativamente.

* Sala I, L.L. 36-143.

** Sala III, L.L. 97-644, aún cuando no se trató la nulidad por no haber sido sostenida.

— Sala IV, G. P. 1960-IV folio 18-639.

— "Tratado", tomo I, pág. 446. En orden de ideas semejante, es destacable que la C. S. J. (L.L. 35-114) resolvió que no tienen otros límites que los fijados por la ley a determinados medios de prueba y el principio de la igualdad de las partes en el proceso: en este mismo sentido C. N. Paz, Sala V, G. P. 137-209 y G. P. 1237).

En un caso particular la C. S. J. decidió que la intimación practicada a una de las partes y dispuesta como medida para mejor proveer en términos imprecisos y ambiguos que impedían al destinatario interpretar razonablemente su alcance, debe considerarse como lesiva al derecho de defensa en juicio, máxime si la respuesta debía versar sobre un hecho no alegado ni probado, teniendo a la vista una circunstancia posterior a la traba de la lita (J. A. 1962-II-617).