

ÍNDICE

Prólogo de <i>Adolfo Alvarado Velloso</i>	11
Prólogo de <i>Alex Carocca Pérez</i>	35
Explicación y presentación previa	45
Introducción	49
Diferencia entre Proceso y Procedimiento	53

CAPÍTULO PRIMERO

1. Breve presentación histórica en relación al Código de Procedimiento Civil chileno	57
2. Presentación Constitucional: El debido proceso. Su perspectiva y análisis constitucional	62
3. Presentación Legal	68
3.1. Legalidad de las medidas para mejor resolver	68
3.2. Texto del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil	71
3.3. Análisis del texto del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil	72
3.4. Texto del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil. Medidas para mejor resolver en segunda instancia	78
3.5. Análisis del texto del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil	79
3.6. Principio de imparcialidad del juez	80
3.7. Principio de igualdad	83
3.8. Análisis de existencia de la prueba de oficio en la legislación procedimental chilena	84

3.9. Las medidas para mejor resolver en los procedimientos especiales de la ley chilena	91
3.9.1. Auto Acordado de la Corte Suprema de 27 de Junio de 1992	107
3.9.2. Auto Acordado de la Corte Suprema de 12 de Agosto de 1963.	108
3.9.3. Proyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica	109

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Análisis jurisprudencial	111
2. Anexo de jurisprudencia	152

CAPÍTULO TERCERO

Doctrina sobre las Medidas para Mejor Resolver	163
--	-----

CAPÍTULO CUARTO

1. Encuesta sobre las Medidas para Mejor Resolver	277
1.1. Encuesta a ocho jueces civiles de primera instancia sobre las medidas para mejor resolver	278
1.2. Encuesta a ocho abogados de ejercicio liberal en materia contenciosa civil	287
1.3. Complementación de encuesta realizada a abogados ..	299

Conclusiones Finales	303
----------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	305
--------------------	-----

PRÓLOGO

Conocí casualmente a Hugo Botto Oakley en las cercanías de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, a cuyas aulas concurría yo para dar comienzo a la *Maestría Internacional de Derecho Procesal* que dicté desde el 2 de agosto de 1999 hasta el 11 de agosto de 2000 y a la cual él —recién llegado al efecto a mi ciudad— venía expresamente para cursarla en calidad de *maestrando*.

No puedo ocultar aquí que ese Curso fue una de las satisfacciones más grandes de mi vida docente: conté allí con la activa e ineludible participación de cursantes de Chile, Guatemala, Panamá, Paraguay y Perú, así como de varias y distantes ciudades de Argentina (Azul, Córdoba, Mendoza, San Luis y Santa Fe) durante mucho tiempo —en rigor, cuatro quincenas de encierro y retiro académico— con quienes practiqué una adecuada *congresalidad* académica y mejor *comensalidad* que generó buena amistad y hondo afecto entre todos.

Pude allí hacer una convivencia docente de ocho horas diarias dedicadas a la exposición, comprensión y discusión de temas pertenecientes a asignaturas tales como *Epistemología*, *Metodología de la investigación jurídica*, *Metodología de la ciencia jurídica*, *Análisis del discurso jurídico*, *Análisis de casos justiciables*, *Teoría del Estado*,

Teoría sociológica, Taller de tesis, etc. y, claro está, *Teoría general del proceso y las diversas ramas procedimentales*.

Todo ello me permitió exponer las ideas que desde hacía mucho tiempo predicaba en el desierto y que hoy, ya con seguidores asumidos, muestra la *ideología garantizadora* del Derecho Procesal que se halla contenida en las Constituciones de toda América, en antiguo y ya inconciliable divorcio con las legislaciones procedimentales de la mayoría de los países de la región, que aún mantienen increíblemente instituciones de neto corte inquisitorial y autoritario, producto de haber insertado a contrapelo de los sistemas constitucionales leyes de rango inferior copiadas de la Alemania nazi o de la Italia fascista, inspiradas todas en el Reglamento que confeccionó Klein en 1895 para el Imperio Austrohúngaro.

En ese grupo, Botto Oakley —quien ya era Profesor de la asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad “Adolfo Ibañez” de Viña del Mar— se destacó, desde el primer momento, por la rápida comprensión y asimilación de los nuevos conceptos que allí se impartían y por la agudeza de sus análisis en la comparación de diversos regímenes legislativos.

Y en esa tarea de comparar textos legales entre sí y con las Constituciones de todos nuestros países, aceptó —al igual que los otros cursantes— la existencia del componente verdaderamente ideológico de la materia procesal y adoptó como propia la idea que se conoce actualmente como *garantismo procesal*, convertida ya hoy en un verdadero *movimiento* que pretende una irrestricta vigencia de la Constitución aun en desmedro de leyes de rango inferior que no condicen con sus principios.

Tan importante fue el aporte de dicho grupo de maestrandos a ese movimiento ideológico, que al terminar el Curso de Maestría se fundó e instaló allí mismo la *Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista*

—hoy con sede en la ciudad de Panamá— que Botto Oakley integra en calidad de Miembro Fundador y Secretario de Relaciones Internacionales.

Vueltos todos finalmente a sus lares en agosto de 2000 y habiendo ya cumplido con los requisitos de aprobación de las materias de la carrera, sólo restaba presentar una tesis sobre materia procesal y defenderla ante un Jurado constituido al efecto.

Quien primero la presentó fue, precisamente, Hugo Botto Oakley y la defendió en octubre de 2000 ante los Profesores Doctores Miguel Angel Ciuro Caldani, Miguel Araya y Adrio Giovannoni, quienes mantuvieron activo dialogo con él y calificaron su tesis con la nota *Distinguido*.

Ese trabajo así valorado es el que hoy presento al lector, quien encontrará inicialmente difícil de aprehender el propio tema de tesis: *Las medidas para mejor resolver legisladas en el Código Procesal de Chile son inconstitucionales a la luz de la normativa de su Carta Magna*.

Para poder lograr ello, será necesario al lector contar previamente con una clara comprensión del particular e inconfundible —por irrepetible— fenómeno jurídico denominado *proceso*.

Y esto no es tan sencillo de lograr, como puede pensar cualquier persona desprevenida, toda vez que la propia voz *proceso* es una de las tantas pertenecientes al lenguaje procedimental (otras, por ejemplo, son *acción*, *jurisdicción*, *carga*, *cargo*, *abandono*, *instancia*, etc., etc.) que se utilizan corrientemente en forma *multívoca* y, por tanto, *equivoca*.

Castizamente, significa *acción de ir hacia delante y transcurso del tiempo y conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno*, etc. En su aplicación forense, se utiliza para designar a una *causa penal*, a un *conjunto de actos sucesivos de procedimiento*, a un *expediente* (conjunto de documentos o

dossier), a un *tipo de trámite procedimental*, etc. Y, con mayor tecnicismo, la doctrina en general afirma que el proceso es *una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente* y, también, que es *un conjunto de actos dirigidos al fin de obtener la resolución de un conflicto*.

Como se puede ver con facilidad, las acepciones que predominan son *equivocas*: cuando se utiliza la palabra *proceso* para designar a un expediente o a los actos sucesivos y concatenados que forman o integran un procedimiento cualquiera, no se está haciendo referencia a una idea que se presenta como metajurídica y puramente lógica: *el proceso —objeto de la acción procesal— es la serie consecucional de instancias bilaterales que se da en un procedimiento seguido entre dos partes —antagónicas y situadas en un plano de perfecta igualdad— para hacer una discusión dialéctica y pacífica ante un tercero que la dirige y que, como tercero que es, debe exhibir esencialmente las calidades de imparcial, imparcial e independiente de las partes en litigio*.

El problema se complica grandemente cuando se habla del *proceso* en los términos que usan los constitucionalistas de toda América, utilizando al efecto el sintagma *debido proceso* (que se genera a partir de la traducción de las frases *due process of law* y *due process of de land* que contiene la Constitución de los Estados Unidos de América en sus Quinta y Décimocuarta Enmienda) para denominar la habitualmente legislada garantía de *inviolabilidad de la defensa en juicio*.

Y así, desde el siglo pasado la doctrina publicista refiere insistentemente al *debido proceso* como un claro *derecho constitucional de todo particular* y como un *deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad*.

La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso —que ya he mostrado como una serie consecucional— aparece natural y

lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, las cartas políticas del continente no incluyen —en su mayoría— la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad* recién referida.

Al igual que las de otros países, la Constitución de mi país —Argentina— no menciona la adjetivación *debido*, lo que ha hecho decir a prestigioso tratadista del tema que se trata de una *garantía innominada*.

Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre negativamente*: y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquél por el cual —por ejemplo— se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de mis máximos tribunales.

Una idea clara de lo que sucede respecto de la imprecisión apuntada puede encontrarse en frase de distinguido magistrado que afirmaba en el año de 1951:

“A diferencia de algunas reglas jurídicas, el debido proceso no es una concepción técnica con un contenido fijo, sin relación al tiempo, al lugar y a las circunstancias imperantes, pues la noción de *debido proceso* no puede aprisionarse dentro de los límites traicioneros de cualquier fórmula. Al representar una profunda actitud de Justicia entre hombre y hombre y, más particularmente, entre hombre y gobierno, el debido proceso está constituido de historia, de razón, del curso pasado de las decisiones y de la profunda confianza en la fuerza de la fe democrática que profesamos”.

Retóricamente, la frase es bellísima. Técnicamente, no sólo dice *nada* sino que constituye la negación misma del proceso y de la ciencia procesal.

La actitud no es aislada: prestigiosa doctrina de este siglo ha definido al proceso como *drama* o como *misterio* o como algo que *se sabe dónde está pero no qué es*.

No obstante todo ello, pasando a afirmativa las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia del máximo Tribunal argentino, se podría decir que el debido proceso:

- 1) supone el *derecho a la jurisdicción*, que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia (lo que viene a querer significar la afirmación contenida en la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948: "Toda persona tiene el derecho de ser oída en plena igualdad, públicamente y con justicia por un tribunal independiente para la determinación de sus derechos y obligaciones");
- 2) implica el *libre acceso* al tribunal y
- 3) la posibilidad plena de audiencia (lo cual lleva anejo una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada) y
- 4) la determinación previa del lugar del juicio y
- 5) el derecho del reo de explicarse en su propia lengua;
- 6) comprende el derecho de que el proceso se efectúe públicamente,
- 7) con un procedimiento eficaz y sin dilaciones y
- 8) adecuado a la naturaleza del caso justiciable y
- 9) con asistencia letrada eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención.

Específicamente en cuanto a la confirmación, comprende

- 1) el *derecho de probar* con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes
- 2) y el de que el juzgador se atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado en las actuaciones respectivas.

En cuanto atañe a la sentencia,

- 1) comprende el derecho de que sea dictada por un juez objetivo, imparcial e independiente,
- 2) que emita su pronunciamiento en forma *completa* (referida a *todos* los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable), *legítima* (basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales), *lógica* (adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común), *motivada* (debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso) y *congruente*. La sentencia que no cumple tales condiciones es calificada habitualmente como *arbitraria*, cuyos parámetros generadores también constituyen *frases hechas*, inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia (y así, una sentencia es arbitraria cuando no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o decide acerca de cuestiones no planteadas, o contradice constancias del proceso, o incurre en autocontradicción, o pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o el juez se arroga en ella el papel de legislador, o prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o aplica normas derogadas o aún no vigentes, o da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o prescinde de prueba decisiva, o invoca jurisprudencia inexistente, o incurre en

excesos rituales manifiestos, o sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos que sólo tienen la apariencia de tal, o incurre en auto-contradicción, etc.).

Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente el *concepto de debido proceso* resulta más fácil sostener que es aquél que se adecua plenamente a la *idea lógica de proceso*: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de *perfecta igualdad* ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente).

En otras palabras: el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso que respeta sus propios principios*. Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

Resta ahora explicar qué son los *principios procesales*.

La doctrina generalizada acepta que los *principios procesales* son las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado.

Es en este tema donde se puede apreciar cabalmente y en toda su magnitud la idea de *alternatividad*: como el contenido de cada norma jurídica implica la solución legal a un problema de convivencia, cada problema puede generar distintos interrogantes en orden a buscar respuestas que, naturalmente, pueden ser antagónicas.

De ahí que el legislador deba *optar* siempre por *una* de por lo menos *dos* soluciones (por ejemplo, una sociedad incipiente puede verse en la necesidad de legitimar o no a las uniones de parejas; si lo hace debe optar entre regular la unión en forma homo o heterosexual; si opta por esta última, debe elegir ahora una de tres posibles regulaciones: monogamia, poligamia o poliandria; en cualquier caso, debe optar luego entre aceptar o no la disolución del vínculo matrimonial, etc., etc.).

Para regular el proceso como *medio de debate*, el legislador debe elegir alguna de las alternativas que se le presentan como respuestas para solucionar los interrogantes que se pueden formular al respecto:

- 1) ¿quién debe iniciar el proceso?
- 2) ¿quién lo impulsará?
- 3) ¿quién lo dirigirá?
- 4) ¿habrá que imponer formalidades para el debate?
- 5) en su caso, ¿cómo se discutirá en el proceso?
- 6) ¿quién y cómo lo sentenciará?

Insisto en que cada pregunta admite por lo menos dos respuestas. Y naturalmente, el legislador optará por la que se halle acorde con la filosofía política que lo inspira.

Véanse ahora las diferentes soluciones:

1) Respecto de la primera pregunta, el legislador puede otorgar la correspondiente facultad a las partes o al propio juez. Doctrinalmente, el problema origina lo que habitualmente se denomina *principio de iniciativa* (ya se verá más adelante que esto *no es un principio*) que puede ser por *presentación de parte* o por *investigación judicial*).

2) En cuanto a quién impulsará el proceso, la opción será la misma: las partes (origina lo que corrientemente

se denomina *principio dispositivo*) o el juez (*principio inquisitivo*).

3) Acerca de quién dirigirá el proceso, mantendrá idéntica opción: las partes (consecuencia del *principio dispositivo*) o el juez (recibe la denominación de *principio de autoridad judicial*).

4) En lo relativo a si hay que imponer formalidades para desarrollar el debate, se puede responder que no es necesario (*principio de libertad de formas*) o que si lo es (*principio de legalidad de las formas*).

5) En torno de la cuestión de cómo debe hacerse la controversia, corresponde determinar:

- a) si se exigirá una discusión efectuada con probidad, lealtad y buena fe (*principio de moralidad*) o se permitirá la añagaza y la arteria procesal que, en definitiva, implicará aceptar el "derecho" de la fuerza en el proceso;
- b) si se admitirá que las partes deban recibir un tratamiento igualitario en el proceso (*principio de igualdad*) o no; como consecuencia de aceptar la primera opción,
- c) corresponderá dar a cada litigante la posibilidad de contradecir (*principio de contradicción o de bilateralidad*) o no (*principio de unilateralidad*) la afirmación de su oponente;
- d) qué medio de expresión se utilizará en el proceso (*principios de oralidad y de escritura*);
- e) cualquiera de ellos que se acepte, si será o no conveniente que entre el juez y las partes y el material instructorio que ellas aporten, existan intermediarios (*principios de mediación*) o no (*principio de inmediación*);

- f) si conviene a la sociedad que los procesos sean secretos o públicos (*principios de publicidad o de secreto*);
- g) si es menester preordenar la eficacia de los medios de confirmación (*principio de la prueba formal*) o dejarla librada al querer del juzgador (*principio de la racionalidad probatoria*);
- h) si es importante, en aras de la moralidad procesal pretendida, que las partes no puedan desistir de un medio probatorio que, luego de producido, resultó adverso al interés del oferente (*principio de adquisición*);
- i) si es conveniente desarrollar el debate con un orden metódico (*principio de orden consecutivo*, que puede ser *legal* o *discrecional*) que implica el cumplimiento de pasos procesales preestablecidos en el orden y en el plazo dictado por la ley (*principio de preclusión*) o no (*principio de libre desenvolvimiento*). Y aun dentro de esta cuestión,
- j) si conviene que los plazos fenezcan por el mero transcurso del tiempo (*principio de perentoriedad*) o después que las partes lo acusen (*principio de no perentoriedad*);
- k) si en orden a cumplir una efectiva impartición de justicia, corresponde hacer o no el proceso lo menos gravoso posible para el litigante (*principio de economía*), que permita obtener una pronta solución del litigio (*principio de celeridad*). Congruente con ellos,
- l) si conviene permitir que las defensas puedan deducirse sucesivamente, de acuerdo con su importancia frente a la pretensión o si, por lo contrario, tendrán que ser presentadas conjunta y simultáneamente, a fin de que una sea considerada en defecto de la otra (*principio de eventualidad*),

m) y si es razonable o no que los actos procesales se agrupen a fin de evitar inútil desgaste jurisdiccional (*principio de concentración*).

6) Por último, acerca de quién y cómo habrá de decidir el proceso,

a) habrá que optar entre un juez profesionalizado (*principio del juez técnico*) o por miembros de la comunidad (*principio del juicio por jurados*);

b) en ambos casos, en orden a lograr una justicia más acabada para el caso concreto, tendrá que decidirse si conviene otorgar al justiciable uno o varios grados de conocimiento o no (*principios de única y de múltiples instancias*).

7) En cuanto a cómo habrá de dictarse la sentencia, tendrá que preverse

a) si ella guardará correspondencia con las pretensiones de las partes (*principio de congruencia*) o si el juez será absolutamente libre en su decisión; y, para finalizar,

b) si será o no necesario que las partes invoquen y prueben el derecho que ampara sus peticiones (*principio iura novit curiae*).

Al describir las posibles respuestas que puede dar el legislador, he mencionado la denominación que a cada una le otorga la doctrina. Si se lee atentamente cada caso y se lo compara con los demás, se advertirá que con la palabra *principios* se mencionan las cosas más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras. Y esto no es bueno para la adecuada comprensión de cada tema y, sobre todo, para la del propio fenómeno del proceso.

Lo que corresponde hacer en el caso es indagar la

esencia misma de cada uno de estos llamados “principios” a fin de poder metodizarlos adecuadamente.

Y cuando ello ocurre se comprende que con tal palabra se mencionan indistintamente a tres cosas diferentes: *principios*, *reglas técnicas* y *sistemas* de debate y de la actividad de sentenciar.

En mi obra *Introducción al estudio del Derecho Procesal* —cuyo texto estoy siguiendo en esta presentación— expliqué largamente qué son los *sistemas procesales* y los determiné y presenté denominándolos *dispositivo* e *inquisitivo*. Por las razones allí expuestas, creo que no cabe hablar propiamente de un *principio* respecto de cada una de estas denominaciones, máxime cuando —como es obvio de toda obviedad— que el sistema inquisitivo no pudo, no puede ni podrá nunca generar un proceso —en rigor, un *debido proceso*— por repugnar a su esencia lógica.

Para comprender el planteo del tema, corresponde ahora establecer qué se entiende y debe entenderse por *principio*: se trata simplemente de un punto de partida.

Pero así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etc.), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin*).

Si lo que se desea es regular un medio pacífico de *debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad* (para descartar el uso de la fuerza) ante un *tercero* (que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente) *que heterocompondrá el litigio* si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo *sistema*.

Así concebidos, los *principios procesales* —propriadamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que he consignado precedentemente— son sólo cinco:

- la *igualdad* de las partes litigantes;
- la *imparcialidad* del juzgador;
- la *transitoriedad* de la serie procesal;
- la *eficacia* de la serie procedimental;
- la *moralidad* en el debate.

1) Para definir al primero, el *principio de igualdad de las partes*, debo recordar que, esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del proceso) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia). El lector debe tener presente que si ello no ocurre se está ante un simple procedimiento y no ante un proceso.

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, las diferencias naturales que irremediabilmente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate se efectúe *en pie de perfecta igualdad*.

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etc., y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etc.

En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de

ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad* o *contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado, pretendido, confirmado y alegado por la otra. En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes.

2) *El principio de imparcialidad del juzgador*: de tanta importancia como el anterior es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*).

3) *El principio de transitoriedad del proceso*: nadie puede dudar de que el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad. Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo: cuando alguien está afiebrado se sabe que la temperatura bajará ingiriendo aspirina en la dosis necesaria que, de ser excedida, puede ocasionar nueva enfermedad.

Lo mismo sucede con el proceso: su duración como medio de debate debe estar adecuadamente equilibrada para lograr que actúe como remedio sin ocasionar nuevo conflicto. De ahí que todo proceso deba ser necesariamente *transitorio*, significando ello que alguna vez ha de terminar sin posibilidad de reabrir la discusión.

La serie procedimental puede ser más o menos dilatada en el tiempo; pueden sucederse varios grados de conocimiento. Pero es imprescindible que en algún momento se le ponga punto final que sea definitivo para todos: partes y juzgador.

Y esta es una directiva fundamental del sistema: toda normativa procedimental debe estar regulada en orden a lograr —y lo antes posible— la terminación del proceso, al efecto de lograr el aquietamiento de las pasiones enardecidas.

4) *El principio de eficacia de la serie procedimental*: para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecucional que lo instrumente sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo querido por el legislador.

Para que una serie procedimental sea eficaz a este efecto debe estar constituida por un total invariable de cuatro pasos consecutivos e ineludibles: afirmación, negación, confirmación y evaluación.

5) *El principio de moralidad procesal*: si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa, arteria o traición. De ahí que la regla moral debe presidir el desarrollo del proceso, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica.

Hasta aquí la enunciación de los *principios procesales* que instrumentan directivas *unitarias* (no admiten otras antagónicas), carácter que los diferencia de las *reglas procesales*, que siempre se presentan *binarias* y que luego describiré.

La importancia de esta concepción radica en la circunstancia de que *un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados*.

Insisto en ello: si las partes no actúan en pie de igualdad, o si el juzgador no es imparcial, o si la actividad de procesar no tiene un punto final predeterminado, o si la serie adoptada para su desarrollo no es eficaz para efectuar el debate o, finalmente, si la discusión se realiza al margen de la regla moral, se estará ante un simple procedimiento y *nunca ante un proceso*.

Ello significa que, no obstante tener la denominación de tal, su resultado no podrá ganar jamás los efectos propios del caso juzgado. A tan importante conclusión ha llegado la Suprema Corte de Justicia de Argentina al anular una sentencia ejecutoriada —imposible de pensar hasta ese entonces— por haber sido emitida en *una parodia de proceso* (que no respetó en el caso los dos primeros principios antes enunciados).

Veamos ahora qué son las reglas procesales. Ya he referido recién a la corriente doctrinal que denomina como *principios* a ciertas cosas que no lo son.

Hice hincapie también en que —no podrían ser de otra manera— los verdaderos principios son siempre *unitarios* (es decir, no admiten un contrario) y en que, sin su presencia efectiva, no se puede hablar seriamente de *proceso*.

Toca señalar entonces que existen otras líneas directrices que se presentan siempre e invariablemente en forma *binaria* o como *pares antinómicos*, al decir de talentoso jurista oriental.

Y es que cada una de las preguntas formuladas supra respecto del debate judicial —en rigor, acerca del procedimiento y no del proceso— admite *siempre* dos respuestas antagónicas (por ejemplo: oralidad o escritura; mediación o inmediatez; etc.). Cuando el legislador

opta por una de ellas desplaza automáticamente a la otra, en razón de que no pueden coexistir (existir al mismo tiempo) actitudes que se autoexcluyen (no se puede hacer y no hacer al mismo tiempo). Esto no implica que no puedan *sucederse* en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral).

A estas líneas directrices se les asigna la denominación de *reglas técnicas del debate procesal* y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los *principios*: sin éstos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso.

La antinomia que presentan todas las reglas de debate se correlaciona con la incompatibilidad existente entre los sistemas dispositivo e inquisitivo.

De tal modo, habitualmente los componentes de cada par antinómico se corresponden con uno de los sistemas procesales (por ejemplo, la publicidad es propia del sistema dispositivo; el secreto, del inquisitivo).

En razón de haber negado en toda mi obra el carácter de *proceso* al método de debate que se desarrolla de acuerdo con la filosofía que impera en el sistema inquisitivo, enunciaré ahora sólo las principales reglas técnicas de debate en orden a lo que universalmente se considera que es un debido proceso.

Las reglas que corresponden al tema se relacionan con el medio de expresión en el proceso (*oralidad o escritura*), con sus formalidades (*libertad o legalidad de las formas*), con su coste (*economía u onerosidad procesal*) y rapidez de solución (*celeridad o lentitud procesal*), con su publicidad (*público o secreto*), con el orden de la discusión (*preclusión o libre desenvolvimiento*), con el desarrollo de la serie (*plazos perentorios e improrrogables o no perentorios y pro-*

opta por una de ellas desplaza automáticamente a la otra, en razón de que no pueden coexistir (existir al mismo tiempo) actitudes que se autoexcluyen (no se puede hacer y no hacer al mismo tiempo). Esto no implica que no puedan *sucederse* en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral).

A estas líneas directrices se les asigna la denominación de *reglas técnicas del debate procesal* y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los *principios*: sin éstos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso.

La antinomia que presentan todas las reglas de debate se correlaciona con la incompatibilidad existente entre los sistemas dispositivo e inquisitivo.

De tal modo, habitualmente los componentes de cada par antinómico se corresponden con uno de los sistemas procesales (por ejemplo, la publicidad es propia del sistema dispositivo; el secreto, del inquisitivo).

En razón de haber negado en toda mi obra el carácter de *proceso* al método de debate que se desarrolla de acuerdo con la filosofía que impera en el sistema inquisitivo, enunciaré ahora sólo las principales reglas técnicas de debate en orden a lo que universalmente se considera que es un debido proceso.

Las reglas que corresponden al tema se relacionan con el medio de expresión en el proceso (*oralidad o escritura*), con sus formalidades (*libertad o legalidad de las formas*), con su coste (*economía u onerosidad procesal*) y rapidez de solución (*celeridad o lentitud procesal*), con su publicidad (*público o secreto*), con el orden de la discusión (*preclusión o libre desenvolvimiento*), con el desarrollo de la serie (*plazos perentorios e improrrogables o no perentorios y pro-*

rrogables), con la deducción de defensas (*concentración o dispersión*) y proposición de medios de confirmación (*eventualidad*) y la utilización de sus resultados (*inmediación o mediación; adquisición o no*), y con la presencia efectiva del juzgador durante su tramitación.

Otro tanto ocurre con las reglas propias del *juzgamiento*, que presentan características similares a las ya vistas precedentemente respecto de la actividad de procesar: siempre son *binarias* y se relacionan con distintos aspectos propios de la tarea de sentenciar: calidad (*juez técnico o lego*) y número de juzgadores (*juez unipersonal o tribunal colegiado*), cantidad de grados de conocimiento (*instancia única o múltiple y sucesiva*), evaluación de los medios de confirmación (*tarifa legal, prueba tasada o convencimiento judicial*, que puede ser *in pectore* —*libre convicción*— o razonado y debidamente explicado a las partes —*sana crítica*—), correspondencia entre lo pretendido y lo acordado en el juzgamiento (*congruencia o incongruencia*) y aplicación de la norma jurídica que rige el caso justiciable (*el juez suple el derecho invocado por las partes* —*iura novit curiae*— o no).

Todas las alternativas que surgen de los temas recién mencionados tienen aceptación en algún código vigente en América.

Hasta aquí he hecho una sucinta explicación de temas que deben ser conocidos en forma previa a la lectura de la tesis de Botto Oakley, quien obviamente los da por supuestos en todo su desarrollo.

Si el lector comparte las ideas de corte *garantista* desarrolladas supra, podrá fácilmente aceptar el por qué de la afirmación liminar de la tesis que contiene este libro.

Y es que a nadie puede escapar que un juez que ordena la realización de medios de prueba que no fueron ofrecidos o producidos por las partes litigantes está supliendo una inactividad imputable a alguna de ellas.

Y parece claro que, puesto en tal tarea, el juzgador-probador pierde imparcialidad y rompe el exacto equilibrio que exige el mantenimiento de la igualdad procesal.

Precisamente para evitar ello es que la doctrina elaboró —con fenomenal esfuerzo— el concepto de la *carga de la prueba*, tema al que luego me referiré.

Pero antes de continuar conviene reiterar las ideas ya expuestas: el problema de determinar a quién le incumbe aportar al proceso la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra (itero que esos son los *hechos controvertidos*) es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

Parece ser que en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado —luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser confirmados— convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí, y sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de confirmar* cada uno de los hechos controvertidos, a quién le incumbía hacerlo.

De aquí en más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar.

Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de *hechos* (en rigor de verdad, de confirmación —o prueba— acerca de esos hechos) o de *norma* que pudiera aplicar directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso dejando subsistente el conflicto que lo había originado. A este efecto, decía *non liquet* —no lo veo claro— y, por ello, se abstenía de emitir sentencia.

Dado que la permanencia del litigio flotando en el tiempo conspira severamente contra la convivencia

pacífica de los hombres, fue menester crear ciertas reglas de juzgamiento que posibilitaran el dictado de una sentencia definitiva aun para los casos en los que no hubiera norma preexistente para aplicar o no hubiesen hechos suficientemente acreditados para el juzgador.

A los problemas generados por la carencia normativa le pusieron coto todas las legislaciones del mundo que derivan del sistema romano. Así, por ejemplo, el Código Civil argentino expresa en su art. 15 que

“los jueces no pueden dejar de fallar so pretexto de silencio o insuficiencia de las leyes”,

agregando en el art. 16 que

“si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún fuere dudosa la cuestión, se resolverá por los principios generales del derecho, teniéndose en cuenta las circunstancias del caso”.

Pero ningún código civil —al menos los del siglo tras pasado— dio solución a la carencia de hechos o, mejor aún, a la carencia de prueba acerca de los hechos afirmados.

Para solucionar el problema, se generaron desde muy antiguo las reglas del *onus probandi* que fueron variando con el transcurso de los tiempos para ajustar las soluciones legales o jurisprudenciales con la posibilidad fáctica del probar. Y hoy se dice clara y brevemente que le incumbe la carga de la prueba:

- 1) a quien alega la existencia de un *hecho constitutivo* de la obligación cuyo cumplimiento se demanda, o

- 2) a quien alega un *hecho extintivo* del hecho constitutivo (que, por tal razón, no requiere ya ser probado), o
- 3) a quien alega un *hecho invalidativo* del hecho extintivo (que, por tal razón, no requiere ya ser probado) o
- 4) a quien alega la existencia un *hecho convalidativo* del hecho invalidativo (que, por tal razón, no requiere ya ser probado) o
- 5) a quien alega un simple *hecho impeditivo* del curso procedimental de la demanda.

Advierta el lector que, conforme con lo recién expresado, siempre hay una sola parte con la carga de probar cada hecho en concreto.

Y esto, más allá de que muestra a cada litigante cómo debe manejarse en el desarrollo del proceso, constituye una clara *regla de juzgamiento* dirigida específicamente al juzgador para que sepa cómo resolver el caso justiciable cuando hay carencia de prueba respecto de algún hecho afirmado por una de las partes.

La pregunta que todo juez debe hacerse entonces al momento de sentenciar y encontrarse con ausencia de pruebas suficientes para lograr su convicción es: *en orden al tipo de hecho controvertido, ¿quién debía haberlo probado?*

La respuesta es definitiva del tema: quien debió probar y no lo hizo es quien pierde el litigio. Así de simple.

Por supuesto esto no lo acepta el juzgador inmerso en un sistema autoritario que acostumbra a meterse él mismo en el propio conflicto de las partes so pretexto de indagar la verdad de lo acontecido en la realidad de la vida. Y esta actitud es la que genera la *prueba oficiosa* (o medidas para mejor resolver) que, así, viene a terminar con todas las reglas de la carga probatoria.

Ahora si creo que el lector puede ver claramente la importancia del tema de la tesis de Botto Oakley quien se encarga de explicar en su *Presentación* el método utilizado en la demostración de su audaz afirmación.

Me consta que el trabajo ha sido hecho a conciencia y con valentía, pues inserta en el medio jurídico de Chile un tema novedoso, que, a más de ser naturalmente polémico y precisamente por ello, puede generar que se acepten las ideas de Botto Oakley y de que las sigan quienes son defensores de la libertad en todo terreno y reacios a aceptar autoritarismos de cualquier signo.

Para ello hago mis mejores votos.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Rosario - Argentina

25 de mayo de 2001

Academia Virtual Iberoamericana de Derecho

Biblioteca

Derecho Procesal

Medidas para mejor proveer

**LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER
EN EL PROCESO CIVIL CHILENO SON INCONSTITUCIONALES**

Hugo Botto
Valparaíso - Chile

SUMARIO

Explicación y presentación previa
Introducción

CAPITULO PRIMERO

- 1.-Breve presentación histórica en relación al Código de Procedimiento Civil chileno
- 2.-Presentación Constitucional
- 3.-Presentación Legal
 - 3.1 Legalidad de las medidas para mejor resolver
 - 3.2 Texto del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil
 - 3.3 Análisis del texto del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil
 - 3.4 Texto del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil. Medidas para mejor resolver en segunda instancia
 - 3.5 Análisis del texto del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil
 - 3.6 Principio de imparcialidad del juez
 - 3.7 Principio de igualdad
 - 3.8 Análisis de existencia de la prueba de oficio en la legislación procedimental chilena
 - 3.9 Las medidas para mejor resolver en los procedimientos especiales de la ley chilena
 - 3.9.1 Auto acordado de la Corte Suprema de 27 de Junio de 1992
 - 3.9.2 Auto acordado de la Corte Suprema de 12 de Agosto de 1963
 - 3.9.3 Proyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica

CAPITULO SEGUNDO

- 1.-Análisis jurisprudencial
- 2.-Anexo de jurisprudencias

CAPITULO TERCERO

Doctrina sobre las medidas para mejor resolver

CAPITULO CUARTO

- 1.- Encuesta sobre las medidas para mejor resolver
 - 1.1 Encuesta a ocho jueces civiles de primera instancia
 - 1.2 Encuesta a ocho abogados de ejercicio liberal en materia contenciosa civil
 - 1.3 Complementación de encuesta realizada a abogado

Conclusiones finales

EXPLICACIÓN Y PRESENTACIÓN PREVIA

La inquietud por el tema de esta investigación —que se centra en la constitucionalidad de las medidas para mejor resolver en el proceso civil chileno— nace fruto de las enseñanzas recibidas en la Maestría donde se presenta esta tesis.

En consecuencia, la mayoría o, al menos, gran parte de lo que se expone en las siguientes páginas, es atributo del maestro Alvarado Velloso y de los profesores rosarinos Héctor Superti —mi director de tesis— y Omar Benabentos, quienes sustentan desde ya hace mucho tiempo la inconsistencia jurídica e inconsecuencia constitucional de cualquier facultad probatoria del juez, por escapar ello a su función propia —procesar y sentenciar— y afectar el principio de imparcialidad frente a las partes, pues potencialmente se favorece siempre con las mismas al demandante.

Así, mi investigación se centra en tales aspectos, en el medio y la realidad procesal civil de Chile, llegando a conclusiones específicas sobre la materia: variando aún más las enseñanzas aludidas, y como un concreto aporte personal, intentaré demostrar que tal falta de imparcialidad anunciada no se produce necesariamente de manera potencial siempre y sólo a favor del demandante y siempre y sólo en perjuicio del demandado sino que ello está referido a cualquiera de las dos partes, dependiendo tal sólo de cuál de las ellas tenga la llamada *carga de la prueba* u *onus probandi*.

Un ejemplo clásico explica de mejor forma lo anterior: Si A demanda a B el pago de la obligación y B contesta señalando que nada debe, A deberá probar su pretensión y, si no lo logra, deberá rechazarse la demanda.

En tal caso, la medida para mejor resolver que se decrete, sólo podría favorecer efectivamente al demandante, puesto que si su resultado favorece al demandado, de igual forma se rechazará la demanda, tal como debió resolverse antes de decretar la

medida en razón de la falta de prueba indicada y en base al principio constitucional de inocencia.

Ahora bien, si al contestar la demanda B dijo que pagó, en él recaerá la prueba del pago y, si no lo acredita, la sentencia deberá acoger la demanda. En este caso, si se decreta una medida para mejor resolver, sólo podría favorecer al demandado y no al demandante, por la misma razón antes indicada porque si el resultado de la medida es favorable al demandante, debe accederse a la demanda de igual manera como se debió resolver antes de decretar tal medida probatoria. En cambio, si el resultado de tal medida favorece al demandado, así se acreditará la excepción opuesta y, por lo tanto, deberá rechazarse la demanda.

Por todo ello, más que violarse el principio de imparcialidad con estas medidas, en razón de favorecer siempre potencialmente al demandante y desfavorecer siempre potencialmente al demandado, lo cierto es que tal violación del principio de imparcialidad está referido no al demandante o al demandado propiamente dichos, sino respecto de quien recae el peso probatorio, favoreciendo así siempre sólo potencialmente al que tenga la carga de la prueba y perjudicando así siempre sólo potencialmente al que no tenga la carga de la prueba, lo cual constituye la esencia de mi tesis.

Sin embargo, para fines meramente explicativos y de presentación didáctica del desarrollo de la investigación, utilizo la primera perspectiva anunciada, es decir, la de favorecer estas medidas sólo potencialmente al demandante, debiendo para tales efectos, —en consecuencia— entenderse que toda referencia al respecto lo es en relación a cuál de las dos partes del proceso tenga de su cargo el *onus probandi*.

INTRODUCCIÓN

El método de debate dialéctico y pacífico para resolver un conflicto jurídico entre iguales denominado *proceso*, supone e impone la existencia de dos partes enfrentadas entre sí y en un plano de perfecta igualdad, con la concurrencia de un tercero imparcial e independiente que, en definitiva, resolverá a favor de quién asiste la razón desde la perspectiva decisional del sentenciador.

Implica, simplemente, renunciar a la solución privada para que el Estado (Nación jurídicamente organizada) resuelva el conflicto que surgió en la realidad social, a través de su representante (juez), mediante una decisión atributiva de reconocimiento de la razón en favor de sólo una de las partes del conflicto. De allí que siempre existirá un vencedor y un perdedor, excluyéndose la posibilidad de un resultado con dos vencedores o con dos perdedores o de un empate, salvo en caso de abandono del procedimiento en el que el juicio no termina por sentencia.

Entiendo así —y sólo para fines explicativos— que el proceso no es más que una *fórmula*, “medio práctico propuesto para resolver un asunto controvertido o ejecutar una cosa difícil”¹, acordada por el cuerpo social organizado para la solución judicial de los conflictos con relevancia jurídica que surgen de la vida social que, por cierto, presenta regulación normativa tanto a nivel constitucional como legal y también reglamentaria (autos acordados).

Esta fórmula que denomino *proceso* debería ser reconocida como tal en cualquier confín donde concurren sus elementos: dos partes enfrentadas entre sí por un conflicto jurídico y en un plano de perfecta igualdad y, por sobre ellas, un tercero juzgador que conocerá, sustanciará y fallará el conflicto en un plano de absoluta imparcialidad e independencia pues, a su vez, ostenta la correspondiente autoridad para así hacerlo. De otra forma, si no concurren tales elementos o la concurrencia de los mismos no es absoluta, entiendo que no estamos frente a un proceso en aquella, o no estamos frente a un proceso puro en ésta.

Repudio tanto la inexistencia de proceso, allí donde se requiera, como la existencia de un proceso impuro, donde concorra en tal estado.

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima edición, Editorial Espasa-Calpe, Madrid España 1984, pág.654.

Partiendo de la ya clásica e inmejorable teoría política de la separación de los poderes, puedo decir que en el primer caso –inexistencia de proceso– existirá absolutismo y no existirá Estado democrático en el plano judicial.

En el segundo caso –existencia de un proceso impuro– existirá una apariencia de Estado democrático en el plano judicial.

No son deseables ni la primera ni la segunda situación enunciadas.

Tradicionalmente, parte importante de la doctrina procesal ha enfocado el análisis del proceso desde dos ópticas o perspectivas, realmente *sistemas*, y que algunos – erradamente creo– denominan *principios*: el *inquisitivo* y el *dispositivo*.

No me preocupa mayormente tal enfoque, pero es cierto que sirve como punto de partida, de desarrollo y de análisis final para identificar la orientación que tal o cual institución procesal puede tener en su esencia.

Sin embargo, me mueve a mucha inquietud la confusión existente en cuanto a los reales alcances que tiene el adherir a uno u otro sistema y, más todavía, la total falta de coherencia que existe en quienes propugnan sistemas mixtos, pretendiendo compatibilizar y, peor aún, hacer coexistir o cohabitar a instituciones que en su esencia son inconciliables.

Pues bien: esta investigación persigue como uno de sus objetivos fundamentales resolver esta suerte de paradigma procesal permanente, a propósito del análisis de una trascendental institución procesal denominada *medidas para mejor resolver o medidas para mejor proveer*; y para ello me enmarcaré en el proceso civil chileno desde una perspectiva constitucional, legal y de justicia, lo cual constituye el segundo de los objetivos de este trabajo y que coincide, como el lector ya podrá advertir, con la tesis propiamente tal. Para tales propósitos abordaré necesariamente el tema de los *poderes y deberes* del Juez Civil y, en especial, desde la perspectiva de la llamada *prueba de oficio*.

CAPÍTULO PRIMERO

1. BREVE PRESENTACIÓN HISTÓRICA EN RELACIÓN AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL CHILENO

Las medidas para mejor resolver se han desarrollado históricamente a partir del *sistema procesal inquisitivo* y una de sus primeras manifestaciones de texto está en la Partida Tercera, Ley XI, que expresa:

“Verdad, es cosa que los judgadores deven catar en los pleitos, sobre todas las otras cosas del mundo, e por ende, quando las partes contienden sobre algún pleyto en juicio, deven los judgadores ser acuciosos en puñar de saber la verdad del, por cuantas maneras pudieren. Primeramente, por conoscencia que fagan por sí mesmos el demandador en juicio, o por preguntas de los jueces fagan a las partes, en razón de aquellas cosas sobre que es la contienda. Otrosí por jura, en la manera que diximos en el título do fabla de ella. Porque quando por ninguna destas carreras no pudieren los judgadores saber la verdad, han de recibir testigos, los que las partes traxeren, para provar sus intenciones, tomando la jura ante ellos paladinamente ante las partes, e recibiendo después los dichos de cada uno por si en poridad, e en logar apartado. E sobre todo, si por priullejos, o por cartas valederas, o por señales manifiestas, o por grandes sospechas, non la pudieren saber, deven fazer en la manera mostramos en las leyes deste libro, o en los logares de fabla, en cada una destas razones. E quando supieren en verdad deven dar su juicio en la manera que entendieren que lo han de fazer sugund derecho”.²

Por su parte, el origen español de nuestro sistema jurídico procesal hace necesario revisar la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, que en su Art. 48 dispone:

“Los jueces y tribunales podrán para mejor proveer:

- 1º) decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes;
- 2º) exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia notoria y que no resulten probados;
- 3º) decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario;
- 4º) traer a la vista cualquiera autos que tenga relación con el pleito.”³

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, en sus arts. 340 y 341 y 342, se refiere a las medidas para mejor resolver en los siguientes términos:

² Códigos Antiguos de España. Las Siete Partidas, Marcelo Martínez A., pág. 381; otras dispos. Partida III, Tit.XII, Ley I y II, pág. 407 y Tit.XII, Ley XXXIV, pág. 417; Obra citada por Piedrabuena Richard, Guillermo, en *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1960, pág 32 y 33.

“Art. 340:- Después de la vista o citación para la sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los jueces y tribunales acordar para mejor proveer:

1º.- que se traiga a la vista cualquiera documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes;

2º.- exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados;

3º.- que se practique reconocimiento o avalúo que reputen necesarios, o que se amplíen a los que ya se hubieren hecho;

4º.- traer a la vista cualquiera autos que tengan relación con el pleito.

“Contra esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el Tribunal les conceda.

“Art. 341:- En la misma providencia se fijará el plazo dentro del cual haya de ejecutarse lo acordado para mejor proveer, y si no fuere posible determinarlo, el juez o la Sala cuidará que se ejecute sin demora, expidiendo de oficio los recuerdos y apremios que sean necesarios.

“Art. 342:- En estos quedará en suspenso el término para dictar sentencia desde el día en que se acuerda la providencia para mejor proveer, hasta que sea ejecutada, y luego que lo sea, en el plazo que reste se pronunciará la sentencia o el auto que corresponda, sin nueva vista”.⁴

Considero que este último texto legal español fue el antecedente en vista del legislador chileno de nuestro actual Art. 159, el cual nunca fue dejado de considerar en su regulación y aplicación por la norma de enjuiciamiento civil chilena.

En efecto: la comisión informante del Código de Procedimiento Civil que trabajó en diciembre de 1884 sobre el *Proyecto* de Francisco Vargas Fontecilla de 1867, el cual había revisado a su vez el *Proyecto* del colombiano Fiorentino González de 1861 — los cuales no se pronunciaban ni trataban las medidas para mejor resolver, seguramente por iniciativa y convicción del jurista don José Bernardo Lira quien ya trabajaba fuertemente en el tema— al término de su trabajo propuso las medidas para mejor resolver en los siguientes términos:

“Puesto el proceso en estado de sentencia, podrán los Tribunales para mejor resolver:

³ Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 art. 48, citada por Piedrabuena en *Las medidas para mejor...*, pág. 34.

⁴ Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881”. Concordadas y anotadas según doctrina de los autores y jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Redacción de la Rev. Gen. De Leg. y Jurisp. bajo la dirección de E. Reus; Obra citada por Piedrabuena en *Las medidas para mejor...*, pág.34.

- 1º) Decretar que se agregue a él cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes;
- 2º) Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados;
- 3º) Practicar una inspección personal o pedir el dictamen de peritos, siempre que reputen necesaria aquella o esta diligencia;
- 4º) Hacer comparecer a los testigos que hubieren declarado en el juicio para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios;
- 5º) Hacer traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito”.⁵

La discusión legislativa de la Comisión Redactora ya debatió sobre estas medidas, dejando así una clara huella de lo poco pacífico que resulta la aceptación de estas facultades probatorias del juez, expresando el Comisionado Gandarillas:

“Graves males, cuales serían la parcialidad o apariencias de parcialidad en los magistrados, las sorpresas a que quedarían expuestas las partes y las demandas a que podrían haber lugar; y esto sin tomar en cuenta las facilidades que se darían a los litigantes de mala fe, quienes podrían guardar los documentos que les conviniere hasta después de pedidos los autos para sentencia y hacerlos llegar en ese momento a conocimiento del tribunal, valiéndose de los medios que sugiere la malicia.”

Esta sólida postura fué controvertida por los demás comisionados, quienes dejaron constancia de sus conformidades expresando:

“Que la ley debía mirar en el magistrado una persona imparcial y recta, empeñada en buscar la verdad y no sospechar de él hasta el punto de vedarle los caminos de encontrarla; y que si realmente la medida propuesta tenía inconvenientes, éstos no eran tales que de ordinario hubieren de ser superiores a los bienes que estaba llamada a producir”.⁶

A efectos de esta investigación, quiero destacar de lo hasta aquí expuesto la preclara mente del Comisionado Gandarillas, quien ya a esas alturas pone el acento de la parcialidad que pueden representar estas medidas, si bien restringiendo su crítica sólo a dos de las cinco medidas aprobadas.

⁵ Art. 151 del Proyecto de C.P.C. de 1884, citado por Piedrabuena en *Las medidas para mejor...*, pág. 37.

⁶ Estos datos han sido sacados del libro de Santiago Lazo: *Los Códigos Chilenos Anotados C.P.C. Orígenes, concordancias y jurisprudencia*, art. 166, pág. 142-1922, citado por Piedrabuena en *Las medidas para mejor...*, pág. 37.

Así, se llega al actual art. 159 del C.P.C. aprobado originalmente como 166 en 1902, siendo interesante destacar parte del mensaje del proyecto que enviara el poder Ejecutivo al Congreso:

“En las leyes de procedimiento se hace preciso conciliar el interés de los litigantes, que exige una pronta solución de los pleitos y el interés de la justicia, que requiere una concienzuda y acertada apreciación del derecho sobre que debe recaer el fallo. En obediencia a este doble propósito, se ha creído necesario, por una parte, simplificar en lo posible la tramitación y adoptar al mismo tiempo una serie de medidas encaminadas a hacer ineficaces los expedientes dilatorios a que apela la mala fe para retardar la solución de los pleitos; y por otra parte, dar a los magistrados mayor latitud a sus tribuciones a fin de que puedan hacer sentir en mayor grado que hasta ahora, su acción en la formación y marcha de los procesos. Confiados éstos a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz. En la parte referida a aspectos generales y respecto a estas medidas:

Los propósitos antes enunciados, de dar mayor latitud a la iniciativa e intervención del juez en la marcha del proceso, justifican la concesión de más amplias facultades para decretar de oficio medidas tendientes al esclarecimiento de los hechos cuestionados. El tribunal que debe dar sentencia, dispondrá así de todos los medios necesarios para ilustrar su criterio y formar una apreciación completa y exacta de los puntos ligados”.⁷

Finalmente, considero que del texto original del actual artículo 159 que, en lo sustancial, se ha mantenido hasta nuestros días sin alteración, puede acordarse sin mayor dificultad que del mismo se desprende una postura abierta hacia la facultad probatoria del juez a través de estas medidas, debiendo considerarse desde ya si su texto legal es concordante o no con la aplicación jurisprudencial de estas medidas, o bien si en el tiempo han ido implantándose por esta vía restricciones a su procedencia.

2. PRESENTACIÓN CONSTITUCIONAL:

EL *DEBIDO PROCESO*. SU PERSPECTIVA Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL.

El concepto de *debido proceso* quizás sea el mayor logro jurídico obtenido por la civilidad moderna. Mucho se ha escrito acerca de qué es el debido proceso y todos los textos constitucionales modernos lo reconocen, aunque con diferentes nomenclaturas, lo que no significa que todos entiendan lo mismo por tal reconocido derecho fundamental.

En las siguientes líneas sólo intentaré demostrar una estructura lógica y legal que sirva para demostrar, comprobar y concluir si las medidas para mejor resolver es

⁷ C.P.C. Mensaje del Código de Procedimiento Civil, pags. 3 y ss.

tán o no conforme con el concepto de debido proceso, supuesto que aceptemos —exclusivamente por ahora para los efectos del avance de esta investigación— que las mismas afectan al principio de imparcialidad del juez.

La mención del debido proceso en la Constitución Política chilena está en la garantía del artículo 19, N° 3, inc. 5°, que establece:

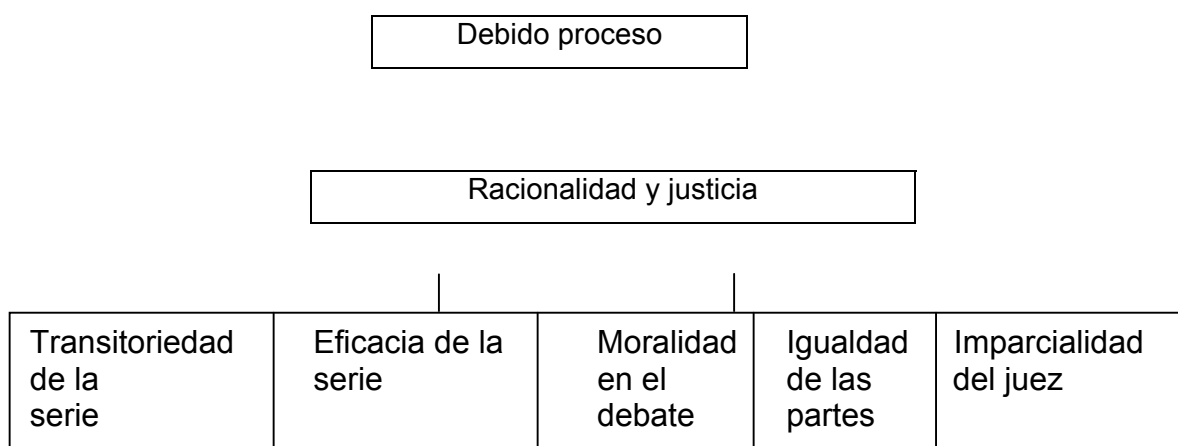
“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Así, dos conceptos son los fundamentales para responder si una institución jurídico procesal es propia y respetuosa del debido proceso: *procedimiento racional* y *procedimiento justo*.

La estructura del debido proceso en Chile descansa entonces en dos pilares estructurales: *racionalidad* y *justicia*. En términos negativos, si un procedimiento no es racional o justo, el debido proceso comienza a flaquear o “ser menos debido proceso”, lo que se nos presenta como jurídicamente inaceptable al considerar al mismo como necesariamente vigoroso, fuerte y a prueba de cualquier análisis que lo socave.

De esta manera, si concluimos que las medidas para mejor resolver vulneran potencialmente el principio de imparcialidad —hipótesis de esta investigación que por ahora daré por cierta— entonces al ser tal principio parte estructural de la justicia, ésta afectará a su vez al derecho procesal del debido proceso.

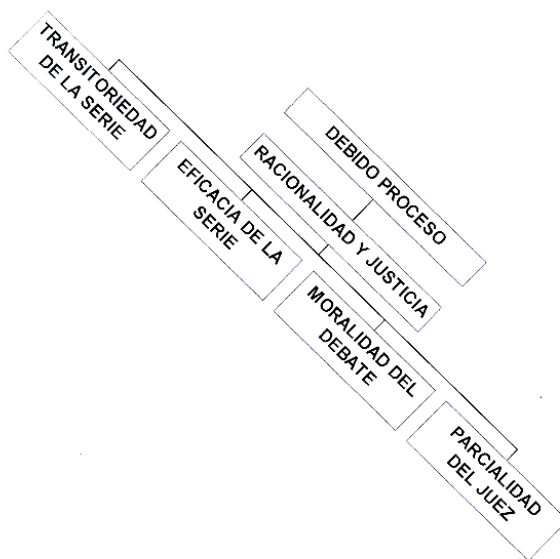
Una representación gráfica, siguiendo a Alvarado Velloso en la parte de los principios procesales⁸ sería:



Si falta la imparcialidad del juzgador, no se cumple con el requisito de justicia y por lo tanto no existe debido proceso.

Y aquí está el meollo del problema que, si bien parece simple, es de una complejidad doctrinal mayor y que no admite matices o “medias aguas”, sin perjuicio de su evidente trascendencia en el sistema procesal.

Si propugnamos un debido proceso, necesitamos la concurrencia de los elementos racionalidad y justicia, y si en ésta no concurre la imparcialidad del juzgador, simplemente aquélla no existe con la intensidad y fortaleza que se requiere, lo que en definitiva se traduce en el siguiente gráfico del debido proceso:



Con certeza, el autor Eugenio Valenzuela Somarriva, comentando una sentencia de 21/12/87, rol N° 46 del Tribunal Constitucional chileno, expresa acerca de los principios de independencia e imparcialidad como componentes de todo proceso justo y racional que:

“Este Tribunal está de acuerdo en que todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea. Es más, a juicio de este Tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal”.⁹

⁹ Valenzuela Somarriva, Eugenio: *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (11 de Marzo de 1981, 10 de Marzo de 1989)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, pág.45

Por su parte, una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema publicada en la *Revista Gaceta Jurídica*, N° 46 de 1984, pág. 54 y sgtes, nos recuerda el significado de los vocablos *racional* y *justo* así como la constancia de las actas oficiales de la 103ª sesión de la Comisión Constituyente indicando componentes o expresiones de un proceso racional y justo, en los siguientes términos:

“Según nuestro léxico, el vocablo “racional” significa “arreglado a la razón” y “razón” equivale a “justicia”. A su vez, “justo” significa “que obra según justicia y razón”, y “justicia” es “derecho, razón, equidad”. Estos conceptos son ciertamente, muy genéricos y se prestan para entenderlos con variado criterio. No obstante, la Comisión Constituyente que elaboró la norma prefirió referirse al “racional y justo procedimiento” en vez de enumerar cuáles son las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de tipificar específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos. Con todo, acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso, permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere (*Actas Oficiales de la Comisión Constituyente; Sesión 103ª*)”, aplicándose tales criterios basados en la historia fidedigna de la ley, entre otras, en la sentencia de la misma Corte Suprema de 25/3/87, publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 84, pág. 36 y sgtes.

En su interesante obra, el profesor José Luis Cea Egaña, intenta enumerar los principios que, concretados en la norma, regulan el debido proceso civil y enumera:

“1º publicidad, 2º el derecho a la acción, 3º principio de inexcusabilidad, 4º el oportuno conocimiento de la acción de la contraparte, 5º reglas sobre notificación, 6º emplazamiento, 7º bilateralidad de la audiencia, 8º la adecuada asesoría y defensa con abogados, 9º la producción libre de pruebas conforme a la ley, 10º el examen y objeción de la prueba rendida, 11º la interposición de recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores, 12º el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legalmente previstos, 13º la fundamentación de las sentencias.”¹⁰

El abogado Galvarino Palacios Gómez, en un artículo publicado en la *Revista Gaceta Jurídica*, N° 84 de 1987, pág.58, refiriéndose a la garantía constitucional del racional y justo proceso, recuerda la estrecha vinculación existente entre racionalidad y justicia y ésta a su vez con la equidad que como también recuerda es aplicable para resolver un conflicto jurisdiccional a falta de ley expresa que lo resuelva (artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil).

Concluye a su vez que la equidad se relaciona con la igualdad la cual destaca como el principio constitucional fundamental de nuestro sistema de garantías, expresando al respecto que la igualdad de los súbditos ante la ley; igualdad ante las autori-

¹⁰ Véase, Cea Egaña, José Luis: *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, pág. 299 y ss.

dades y ante los órganos de la justicia, la igualdad del derecho a reclamación de protección del sistema jurídico y la igualdad dentro de todo proceso determina que:

“Todas las formas de igualdad referidas, elevadas en nuestro sistema al rango de “garantías constitucionales”, son exigibles para calificar la *racionalidad y la justicia* del proceso. No postulo que sean las únicas, pero me parece que cualquiera de esas igualdades que no sea respetada permitiría afirmar que el proceso es irracional o injusto”.

Finalmente el maestro Adolfo Alvarado Velloso, en su artículo sobre *El Debido Proceso público*, en *Revista Gaceta Jurídica*, N° 110 de 1989, enseña que el debido proceso no es más que aquel proceso

“que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional” reconociendo como tales a “la igualdad de las partes litigantes”; “la imparcialidad del juzgador”; “la transitoriedad de la serie consecucional”; “la eficacia de esa misma serie” y “la moralidad en el debate”.

Así, debo concebir que faltando al menos uno de estos principios, con la aplicación irrestricta que requiere la rigurosidad de lo que significan y regulan, no existirá debido proceso.

3. PRESENTACIÓN LEGAL

3.1. LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER

El Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, al definir estas medidas señala:

“La vigencia estricta del principio dispositivo requeriría no solamente que la iniciativa del proceso y la aportación de los hechos dependiesen de la voluntad de las partes sino que, además, se confiase exclusivamente a éstas la actividad consistente en ofrecer y producir las pruebas tendientes a la demostración de sus afirmaciones. Pero en razón de que esta última limitación es susceptible de impedir, en ciertos casos, el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva que, pese a las restricciones propias de la prueba civil, constituye la meta a que debe aspirar una recta administración de justicia, las leyes procesales admiten, en forma concurrente con la carga de la prueba que incumbe a las partes, la facultad de los jueces en el sentido de complementar, por propia iniciativa, el material probatorio aportado por aquéllas. Tal facultad se concreta en la posibilidad de adoptar las denominadas medidas *para mejor proveer*.”¹¹

¹¹ José Alberto Garrone: *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, Segunda edición ampliada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina, s.d., Tomo II, pág. 512.

Esta definición contiene el paradigma justificativo de estas medidas centrándolo en que la “recta administración de justicia” debe aspirar al “esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva”, agregando que ello es “en ciertos casos”, lo cual —esto último— queda sin explicación en cuanto a en qué casos deben usarse y en qué caso no deben usarse estas medidas por parte del juez. Tal frase disyuntiva presenta esa primera incógnita por resolver.

Esta primera observación es de relevancia, pues verifico a lo largo de esta investigación que la falta de certidumbre en cuanto a los casos en que proceden estas medidas constituyen una inconsistencia jurídica trascendente respecto de la defensa de existencia de las mismas, ya que tal facultad del juez en orden a decretarlas o no adolece de toda predicción y, por lo tanto, es generadora de incerteza jurídica para las partes, adentrándose así imperceptible pero decididamente en el campo de la parcialidad, según pretendo demostrar.

Como segunda observación preliminar y general, se justifican por parte importante de la doctrina estas medidas, con un recurso difícil de rebatir y fácil de sostener, desincentivándose un análisis más profundo como es indicar de que estas medidas ayudan a superar el impedimento de esclarecer la verdad jurídica objetiva, llamada por algunos *verdad real*, *verdad material* o *verdad verdadera*, en contraposición a la *verdad del proceso*, y todo, para el logro de una recta administración de justicia.

¿Quién se atreve a discutir tan deseable objetivo?

Pareciera que nadie o, mejor dicho, casi nadie, pues existen aquellos que precisamente en pos del objetivo de una recta administración de justicia sostenemos que lo que debe privar en materia civil es *la verdad del proceso*, no siendo función del juzgador ir más allá de tal mérito ya que hacerlo es atentar contra tal objetivo.

Se replicará con el consabido argumento de que ello es equivalente a pretender *despotenciar* al juez o eliminarle facultades probatorias.

Por el contrario, se trata de potenciar al juez en la delicada función jurídica que la ley y la ciudadanía le han confiado, privilegiando que nunca pierda su imparcialidad antes de que sentencie, como ocurre con estas medidas, según también pretendo demostrar en esta investigación.

Como corolario de la presentación recién realizada, me pregunto ¿acaso en materia civil, el Art. 160 del C.P.C. no ordena que el juez deberá sentenciar “conforme el mérito del proceso”? En parte alguna la ley ordena fallar los procesos civiles confor-

me la verdad jurídica objetiva, entendiendo por tal el ir más allá de lo alegado y probado por las partes y no en su real sentido, que objetivamente es coincidente con el *mérito del proceso*, agregando —tan sólo— según lo controvertido y probado por las partes y no por el juez.

En palabras muy simples, al juez no le corresponde nunca probar, sólo le corresponde procesar y sentenciar.

3.2. TEXTO DEL ARTICULO 159 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Entiendo por *medidas para mejor resolver* aquellas pruebas que el juez puede decretar de oficio una vez que el proceso se encuentra en estado de sentencia.

En Chile, su regulación legal está en el Art.159 del Código de Procedimiento Civil que expresa:

"Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431, podrán dictar alguna o algunas de las siguientes medidas:

- 1) la agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;
- 2) la confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados;
- 3) la inspección personal del objeto de la cuestión;
- 4) el informe de peritos;
- 5) la comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios; y
- 6) la presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito. Esta medida se cumplirá de conformidad a lo establecido en el inciso 3º del artículo 37.

En este último caso, y siempre que se hubiese remitido el expediente original, éste quedará en poder del tribunal que decreta esta medida sólo por el tiempo estrictamente necesario para su examen, no pudiendo exceder de ocho días este término si se trata de autos pendientes.

La resolución que se dicte deberá ser notificada por el estado diario a las partes y se aplicará el artículo 433, salvo en lo estrictamente relacionado con dichas medidas. Las medidas decretadas deberán cumplirse dentro del plazo de veinte días, contados

desde la fecha de la notificación de la resolución que las decrete. Vencido este plazo, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia, sin más trámite.

Si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba, no superior a ocho días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal designe. En este evento, se aplicará lo establecido en el inciso segundo del artículo 90. Vencido el término de prueba, el tribunal dictará sentencia sin más trámite.

Las providencias que se decreten en conformidad al presente artículo serán inapelables, salvo las que dicte un tribunal de primera instancia disponiendo informe de peritos o abriendo el término especial de prueba que establece el inciso precedente. En estos casos procederá la apelación en el solo efecto devolutivo”.

3.3. ANÁLISIS DEL TEXTO DEL ARTÍCULO 159 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Esta disposición legal, contenida en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, y por tanto, dentro de las “Disposiciones comunes a todo procedimiento”, contempla seis tipos de medidas para mejor resolver.

Estos medios de prueba pasan por la agregación de cualquier documento que el juez estime necesario para esclarecer el derecho de los litigantes; por la absolución de posiciones sobre hechos sustanciales no probados; por la inspección personal del tribunal sobre el objeto de la cuestión debatida; por el informe de peritos, sin restricción alguna; por la prueba testifical respecto de aquellos que hayan declarado en el juicio y a fin de que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios y por la agregación de otros procesos relacionados con el pleito, permitiendo a su vez el inciso cuarto de esta disposición legal abrir un nuevo término especial de prueba cuando a consecuencia de la práctica de alguna de estas medidas sea necesario esclarecer hechos nuevos.

En síntesis, la procedencia legal de las medidas para mejor resolver está consagrada en términos amplios y sin mayores restricciones, siendo la más evidente de éstas la referida a la declaración de testigos que hayan declarado en el proceso a fin de que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios.

La jurisprudencia ha sido, entonces, la que con mayor decisión y desatendiendo el tenor literal de la norma, ha establecido mayores restricciones de procedencia a fin de suavizar los efectos propios de estas medidas y que afectan al principio de imparcialidad absoluta del sentenciador.

Por su parte, en cuanto a su estructura normativa, puedo distinguir los siguientes aspectos relevantes:

a) *Iniciativa*: De oficio por parte del Juez, sin que sea posible aceptar que exista solicitud y ni siquiera sugerencia de una de las partes, para decretarlas.

b) *Oportunidad*: Citadas las partes a oír sentencia. El Art. 433 del Código de Procedimiento Civil expresa:

"Citadas las partes para oír sentencia, no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género. Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 83, 84, 159 y 290. Los plazos establecidos en los artículos 342 N° 3, 346 N° 3 y 347 que hubieren comenzado a correr al tiempo de la citación para oír sentencia, continuarán corriendo sin interrupción y la parte podrá, dentro de ellos, ejercer su derecho de impugnación. De producirse ésta, se tramitará en cuaderno separado y se fallará en la sentencia definitiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 431".

El Art. 432 del Código de Procedimiento Civil, ordena:

"Vencido el plazo a que se refiere el artículo 430, se hayan o no presentado escritos y existan o no diligencias pendientes, el tribunal citará para oír sentencia. En contra de esta resolución sólo podrá interponerse recurso de reposición, el que deberá fundarse en error de hecho y deducirse dentro de tercero día. La resolución que resuelva la reposición será inapelable.", constituyendo tal resolución el último trámite posterior al período probatorio,

correspondiendo que sea dictada de oficio por el tribunal, o a petición verbal o escrita de cualquiera de las partes, resolución que se notifica, a su vez, por el estado diario, siendo inapelable.

El legislador consagra como trámite o diligencia esencial la citación para oír sentencia, al punto que su omisión será sancionada con la nulidad de la sentencia, configurándose como una causal de casación de los Arts. 768, N° 9 en relación al Art. 795, N° 7, ambos del Código de Procedimiento Civil.

Sus efectos son claros y del todo trascendentes: no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género, constituyendo sus excepciones las disposiciones de los Arts. 84 (nulidad), 159 (medidas para mejor resolver) y 290 (medidas precautorias).

Además de estas excepciones expresamente establecidas en esta disposición, es procedente la incidencia de acumulación de autos (Art. 98), el incidente de privilegio de pobreza (Art. 130), incidente de desistimiento de demanda (Art. 148) y conciliación (Art. 262), con lo cual comprobamos que la enumeración excluyente del artículo 433 no es tal.

c) *Objetivo*: Decretar la producción de una o más pruebas.

Este aspecto es el más relevante para los efectos de esta investigación, puesto que el análisis del objetivo o finalidad de las medidas para mejor resolver es lo que me permitirá desentrañar qué las justifican. En otras palabras, ¿por qué? y ¿cuándo un juez decreta medidas para mejor resolver? ¿Qué significa *mejor resolver*? ¿Acaso si no se decretaren en un juicio determinado, ello significaría que no se resolvió de la mejor forma?

Finalmente, las medidas para mejor resolver son una excepción a la regla de pasividad contemplada en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales que indica:

”Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.”

¿Cuándo el demandante puede tener interés en que el juez decrete medidas para mejor resolver?

Un análisis objetivo y profundo del mérito probatorio de un proceso, necesariamente llevará a la conclusión de que será de interés del demandante que se decreten medidas para mejor resolver cuando la prueba rendida sobre los hechos a probar de su cargo sea insuficiente o incompleta.

Si conforme el *onus probandi*, el demandante probó los hechos que le correspondía probar de acuerdo con los medios legales de prueba y las reglas de valoración legal, ningún interés podría o debería tener en que se decreten de oficio, por parte del juez, estas medidas probatorias.

¿Cuándo el demandado puede tener interés en que el juez decrete medidas para mejor resolver?

La respuesta es simple: *Nunca*. En efecto, el máximo interés del demandado y que se traduce en su pretensión procesal esencial, es que la demanda sea rechazada y para que la demanda no sea acogida no es necesario que se decrete, por parte del juez, ningún medio de prueba de oficio.

Lo expuesto, puede llamar la atención en un análisis superficial, pero no en un análisis a profundidad adecuada toda vez que, según ya he visto, una de las manifestaciones integradoras del procedimiento racional y justo es el respeto al llamado *justo proceso*, uno de cuyos pilares esenciales es también el principio de inocencia que rige tanto en materia penal como civil.

Este *principio de inocencia*, formativo de todo procedimiento que respete la base fundamental llamada *debido proceso*, importará que el juez, al momento de dictar sentencia y en cumplimiento del Art. 160 del Código de Procedimiento Civil que le ordena hacerlo "conforme al mérito del proceso", deba absolver rechazando la demanda sin que para ello requiera decretar medidas para mejor resolver alguna. Y ello aun en la duda de la procedencia de la acción, por la razón legal que sea, incluida falta de adecuada y suficiente prueba.

La fórmula es simple: en base al principio de inocencia, formativo del debido proceso, en la duda de acceder a la demanda debe rechazarse, sin necesidad de prueba complementaria alguna, En palabras aún más simples: el juez nunca decreta, o al menos, nunca debería decretar una medida para mejor resolver a fin de tener una mayor o mejor prueba para rechazar la demanda ya que, puesto en estado de dictar sentencia, y en el supuesto de no tener prueba suficiente para condenar —accediendo a la demanda— simplemente debe rechazarla en base al principio de inocencia.

De allí que sostengo —a nivel de verdad absoluta, formando parte de mi tesis— que siempre que se decreta seriamente una medida para mejor resolver es porque existe duda en el sentenciador de acceder a la demanda y en tal estado de su razonamiento, no sólo puede sino que debe rechazar la demanda, en virtud del principio de inocencia.

Lo expuesto, en forma alguna importa afectar indebidamente la función jurisdiccional, atribuyéndole intenciones favorables a una de las partes —en este caso, al demandante— sino poner de relieve un aspecto del todo trascendente y que se olvida de aplicar cada vez que se decreta una medida para mejor resolver, como lo es el deber de rechazar la demanda, en caso de duda, por la razón que sea y en especial si es por falta o insuficiencia de prueba.

Como asimismo, no se olvida que el sentenciador, cuando decreta una de estas medidas, lo hace sin conocer cuál será su resultado. Este es un argumento superficial que pretende destruir esta postura. Sin embargo, tal realidad se da exclusivamente en el plano del resultado de la medida probatoria decretada y, así, si es favorable al demandante, esta tesis se comprueba y, por lo tanto, se valida científicamente.

En cambio, si es favorable al demandado, tal prueba era inútil y llevó al mismo resultado, el rechazo de la demanda, que debió ser resuelto con anterioridad a decretarla, lo cual también implica validar científicamente la tesis expuesta.

De otra parte y en todo caso, fácil resulta comprender que la actividad probatoria del juez —aunque se realice con la mejor de las intenciones, cuestión que ni siquiera es motivo de duda y análisis— siempre importará, por las razones ya expuestas anteriormente, afectar el principio de imparcialidad del juez, el cual sólo puede dejar de existir y de hecho deja de existir cuando el juez firma su sentencia pues en ese momento —no antes ni después— deja de ser imparcial y asume la posición de una de las dos partes, del demandante si accede a la demanda, del demandado si la rechaza. Pero ello, sólo en ese momento y no antes, como ocurre con las medidas para mejor resolver.

3.4. TEXTO DEL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER EN SEGUNDA INSTANCIA

Las medidas para mejor resolver en segunda instancia encuentran su consagración legal en el artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, que expresa:

“En segunda instancia, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 310 y en los artículos 348 y 385, no se admitirá prueba alguna.

No obstante y sin perjuicio de las demás facultades concedidas por el artículo 159, el tribunal podrá, como medida para mejor resolver, disponer la recepción de prueba testimonial sobre hechos que no figuren en la prueba rendida en autos, siempre que la testimonial no se haya podido rendir en primera instancia y que tales hechos sean considerados por el tribunal como estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio. En este caso, el tribunal deberá señalar determinadamente los hechos sobre que deba recaer y abrir un término especial de prueba por el número de días que fije prudencialmente y que no podrá exceder de ocho días. La lista de testigos deberá presentarse dentro de segundo día de notificada por el estado la resolución respectiva”.

3.5. ANÁLISIS DEL TEXTO DEL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Esta disposición legal, contenida dentro del Título VIII del Libro I que regula el recurso de apelación, contiene en sí una abierta y doble contradicción respecto de estas facultades probatorias por parte del tribunal de alzada.

En efecto: establece en primer lugar que, salvo determinadas excepciones, no se admitirá prueba alguna. Sin embargo, inmediatamente después, abre toda una gama de posibilidades para que el tribunal de segunda instancia decrete estas medidas reguladas en el artículo 159 e, inclusive, ampliando la posibilidad de recibir prueba testimonial sobre hechos nuevos en la medida en que dicha testimonial no se haya podido rendir en primera instancia y que tales hechos sean considerados por el tribunal como estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio.

Parece claro que esto constituye una contradicción con la norma del artículo 159, inciso 1º, número 5, que limita la prueba testimonial sólo a los testigos que declararon en el juicio y exclusivamente para aclarar o explicar sus dichos oscuros o contradictorios. Esta norma se diferencia de la tratada en que simplemente se faculta prueba testimonial nueva y sobre hechos nuevos, sin poder entenderse la exigencia acerca de que dicha testimonial no se haya podido rendir en primera instancia, ya que en tal caso no se trataría de hechos nuevos e innecesario sería que el tribunal de segunda instancia señale determinadamente los hechos sobre que deba recaer la prueba testimonial.

En síntesis, se trata de una disposición poco clara que ha determinado una aplicación jurisprudencial manifiestamente restrictiva.

3.6. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

Siguiendo al profesor rosarino Héctor Superti, director de esta investigación, no puedo sino coincidir en que el único efecto potencial previsible de una medida para mejor resolver en cuanto a los resultados del juicio es la condena (o dar lugar a la demanda).

Un ejemplo desde la perspectiva del efecto o resultado de una medida para mejor resolver demuestra meridianamente lo expuesto.

Pensemos en las hipótesis posibles de concurrir cuando se decreta una de estas medidas:

- a) Si el juez no tiene dudas o bien si tiene convicción probatoria de los fundamentos de la acción, dará lugar a la demanda en cumplimiento de su deber. Aquí es innecesario decretar medidas para mejor resolver.
- b) Si tiene dudas o falta de convicción probatoria de los fundamentos de la acción, en cumplimiento de su mismo deber, rechazará la demanda.
- c) Si decreta medidas para mejor resolver, pueden darse los siguientes resultados:

c.1) Que no se cumpla dentro de plazo legal y se deje sin efecto, o en términos legales, se tenga por no decretada.

En este caso, volviendo a su estado anterior a decretarla, el juez debe rechazar la demanda y por lo tanto ningún efecto o cambio provocó el decretarla, en cuanto a los resultados del juicio. Situación y resultado: rechazo - rechazo.

c.2) Que el resultado de la medida decretada sea neutro, es decir, que no favorezca ni perjudique a ambas partes del proceso.

También en este caso el juez deberá rechazar la demanda y tampoco existe efecto o cambio alguno del estado del resultado del juicio anterior a decretarla. Situación y resultado: rechazo - rechazo.

c.3) Que el resultado de la medida favorezca al demandado.

En esta situación tampoco existe alteración o cambio del resultado del juicio. Antes iba a rechazar la demanda por falta de convicción probatoria para condenar. Ahora, la rechazará igualmente porque la prueba rendida por esta vía favorecerá al demandado. Situación y resultado: rechazo - rechazo.

c.4) Que el resultado de la medida favorezca al demandante. Aquí habrá un manifiesto cambio en el resultado del juicio; de rechazarse la demanda por falta de convicción probatoria para dar lugar a la acción (en rigor procesalmente pretensión) a acogerse la demanda por adquirirse convicción probatoria para dar lugar a ella en razón precisamente de esta nueva prueba rendida por esta vía. Situación y resultado: rechazo - ha lugar.

Visto así, parece legítimo preguntarse si esta situación implica o no, mantener la vigencia y respeto del principio procesal y constitucional de imparcialidad del juez, si al decretar estas medidas puede potencialmente sólo favorecer a una de las partes del proceso en cuanto a sus resultados: el demandante y nunca favorecer a la otra: el demandado.

3.7. PPRINCIPIO DE IGUALDAD

“El principio de igualdad domina el proceso civil”¹², sentencia el maestro uruguayo Eduardo Couture, atreviéndome agregar que, junto a este principio, el de imparcialidad del juzgador hace a la *esencia* de todo proceso justo y racional.

Podetti¹³, por su parte, reconoce un origen constitucional al principio de igualdad, agregando de mi parte que también tiene ese mismo origen y rango el principio de imparcialidad del juez.

Héctor Superti, mi director de tesis, determinando los lineamientos de un sistema acusatorio puro (dispositivo en materia civil) menciona entre otros:

¹² Couture, Eduardo; *Fundamentos del derecho procesal civil*, Tercera edición (póstuma), Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, pág. 183.

¹³ Véase, Podetti, Ramiro; *Teoría y Técnica del proceso civil*, Ediar editores, Buenos Aires, Argentina, 1963, pág. 127 y ss.

- “Las partes están en un plano de *igualdad* y se diferencian entre ellas y del juez, el que debe ser imparcial, imparcial e independiente
- El órgano jurisdiccional no puede impulsar la acción, solo proyectarla (no hay jurisdicción sin acción) y no puede suplir la inactividad de los contendientes, ni siquiera en el aspecto probatorio, ello sin perjuicio de sus facultades como director del debate”.¹⁴

3.8. ANÁLISIS DE EXISTENCIA DE LA PRUEBA DE OFICIO EN LA LEGISLACIÓN PROCEDIMENTAL CHILENA

Cierta doctrina procesal moderna distingue claramente entre *medidas para mejor resolver* y *prueba de oficio*, destacando sus diferencias a partir de la naturaleza de una y otra, oportunidad procesal para que surjan en el proceso y finalmente el objeto de la prueba.

En cuanto a la naturaleza, se distingue una relación facultad - deber, correspondiendo a la primera las medidas para mejor resolver y, al segundo, la prueba de oficio.

Respecto de la oportunidad, las medidas para mejor resolver se reconocen en la etapa de sentencia y una vez citadas las partes a oír; en cambio, la prueba de oficio no tiene limitaciones temporales durante el proceso, sea en su etapa de discusión, prueba o sentencia, extendiéndola a ambas instancias e incluso al recurso extraordinario de casación, situación esta última inicialmente imposible de concebir en nuestra legislación por la naturaleza de derecho de dicho recurso.

En relación al *objeto*, las medidas para mejor resolver se conciben sólo destinadas a aclarar específicos puntos oscuros o dudosos de la prueba rendida, a diferencia de la prueba de oficio en que, al contrario, la iniciativa y actividad probatoria del juez es prácticamente ilimitada, reconociendo sus extremos o restricciones sólo a lo discutido por las partes y ciertas pruebas necesariamente ofrecidas por las partes, como individualizados testigos.

De lo expuesto, puedo visualizar claramente que la prueba de oficio es *el extremo del extremo* del principio inquisitivo pues el juez, sin más que mínimas restriccio-

¹⁴Superti, Héctor C.; *Derecho Procesal Penal, temas conflictivos*, Editorial Juris, Argentina, 1998, pág. 29.

nes en cuanto a lo discutido por las partes—cuestión poco importante para una prueba de oficio sobre hechos no discutidos cualquiera sea su resultado— puede lisa y llanamente producir prueba nueva e incluso no querida por las partes.

Meritorio resulta la preocupación por la búsqueda de la llamada *verdad material* a través del proceso o, en concepto de ius filósofos, la aplicación de la justicia real, para lo cual se debe dotar al juez de facultades e incluso deberes que le permitan ir más allá de las pruebas que las partes rindan.

En un análisis somero o sucinto, frente a tales *catedrales* jurídicas, *verdad material, justicia real*, pecaminoso se considera intentar desarrollar un razonamiento que se dirija por un camino distinto, más aún cuando con ello y como colofón, se sustenta la bondad de tener un sistema procesal civil basado en un juez poderoso en la investigación de los hechos, con todo lo cual se pretende el triunfo absoluto de estas ideas y línea de razonamiento.

Sin embargo, creo que ello está determinado y resulta posible de aceptar sólo si se limita el razonamiento a un análisis parcial y superficial. En forma alguna se intenta despotenciar al juez sino, por el contrario, potenciarlo en todo aquello que le corresponde como tal, es decir como *juez*, y por lo tanto, ampliamente poderoso en el ejercicio de la delicada función jurisdiccional que la Constitución, y en último término, la sociedad le confía: o sea, *procesar y sentenciar*.

En efecto, la función jurisdiccional y en ello no se puede transar, comprende *procesar* (entendiendo por tal la dirección y conducción técnica del procedimiento, velando por que las partes tengan idénticas oportunidades procesales y para que estas no ocurran a subterfugios o arterías contrarias y perjudiciales a su contraparte— y *sentenciar*, es decir, resolver el conflicto mediante una decisión obligatoria y atributiva de derechos a una de las partes del conflicto sometido a su decisión.

¿ La función del juez es probar?

Inicialmente, fácil es lograr consenso acerca de que no es función propia del juez el probar, salvo... y comienzan excepciones justificativas como aquella de la verdad material, justicia real, negligencia del abogado de la parte que no rindió tal o cual prueba, la propia convicción del juez, justicia, etc.

Sin embargo, seamos claro al menos en el principio: *no es función del juez probar*. Ello es de resorte exclusivo y excluyente de las partes, las cuales deben diseñar sus estrategias probatorias y rendirlas en la oportunidad procesal que tienen.

Situación en Chile

Ya conocemos el alcance y vigencia de las medidas para mejor resolver en el Código de Procedimiento Civil chileno.

El interrogante actual es si existe y rige en nuestra legislación civil el principio de prueba de oficio y, eventualmente, sus alcances.

Es consenso que en nuestra legislación procedimental civil sólo rigen las medidas para mejor resolver y no la prueba de oficio.

Sin embargo, el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil, ubicado en el Libro II “Del Juicio Ordinario”, Título II “De la conciliación” a propósito de la gestión de conciliación en el Juicio Ordinario establece:

“El juez de oficio ordenará agregar aquellos antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes”.

El origen de esta disposición lo encontramos en la Ley N° 7.760, publicada en el Diario Oficial N°19.776 de 5 de Febrero de 1944, que agregó el título II “De la conciliación”, dentro del cual se encuentra el referido artículo 266.

Posteriormente la Ley N° 19.334 de 7 de Octubre de 1994, introduce modificaciones al trámite de la conciliación, pero no en lo que respecta al artículo 266.

A su vez, la tradición interpretativa de la norma jurídico procesal, estrictamente rígida, me lleva a pensar que ubicada tal norma jurídica en tal o cual institución, sólo rige para ella y no tiene aplicación fuera de ella. Así, este artículo 266 sólo regiría dentro y para los efectos del trámite de conciliación.

Pero, ¿realmente es ése su límite?

Si el juez obtiene prueba a consecuencia de la aplicación de esta norma y dentro de la conciliación, aquélla *¿tiene o no valor probatorio para el juicio y posterior sentencia, fracasada que sea la conciliación?*

¿El legislador de 1944 la incorporó al Código de Procedimiento Civil sólo para la conciliación o como principio general de nuestro procedimiento civil ordinario, pudiendo

entonces aplicarla mediante la interpretación extensiva de la norma en otras etapas del proceso?

¿Se justifica la vigencia legislativa de esta norma procesal?

Finalmente, ¿la aplican los jueces?

Todas estas interrogantes, que empíricamente he podido comprobar, no son de atención y discusión doctrinal y menos jurisprudencial. A mi modo de ver, surgen, a raíz de la falta de claridad y consecuencia en la indefinición legislativa respecto del principio rector de nuestro sistema, ocurriéndose a la habitual y poco recomendable vía ecléctica o de los sistemas mixtos, entremezclando ideas incomprensibles e irreconciliables bajo la intención, conciente o no, pero ciertamente errada, de aplicar y hacer subsistir o coexistir lo que se menciona e identifica como lo mejor de cada sistema, el inquisitivo y el dispositivo.

Craso error. O se es de uno o de otro criterio. De lo contrario, se llega a posturas indefinidas y poco claras que conducen inexorablemente a la incerteza jurídica.

Un par de ejemplos espero que puedan justificar mi planteamiento. ¿Existe o no incerteza jurídica, si frente a dos casos similares —en los que ninguna de las partes probó nada— el juez decreta medidas para mejor resolver y condena en un caso en tanto que en el otro no decreta tales medidas, y por lo tanto, rechaza la demanda?

Si el demandante no probó nada y el juez, por vía de las medidas para mejor resolver o de la prueba de oficio, produce toda la prueba que le permite condenar al demandado, para éste: el juez que lo sentenció fue un juez realmente imparcial y justo? o, en su particular visión del conflicto en que se encuentra envuelto ¿no considerará que tuvo por contraparte al juez y no a su contendor en el proceso? ¿Es bueno que ello sea así y ayuda esto al prestigio de imparcialidad absoluta de que debe estar vestido todo sentenciador?

No se pretende sostener, injustificadamente, que los jueces que decretan medidas para mejor resolver dejan de ser intencionadamente imparciales. Sin embargo, como pilares fundamentales de toda organización social, no se les debe pedir ni exigir funciones ajenas a su delicada función: *impartir justicia* en base a la dirección del procedimiento para que aquél se desarrolle sobre los principios de bilateralidad e igualdad de oportunidades procesales para las partes y en base a la sentencia jurisdiccional, no en base a suplir el deber probatorio que asiste a las partes, por muy loables y rectas que sean las intenciones que existan al decretar tales pruebas.

Ello baja al juez de su sitial superior y de equidistancia con ambas partes y lo pone a la altura de aquéllos que deben rendir las pruebas, o sea las partes, y luego de rendidas, se le sube nuevamente a dicho sitial para que dicte sentencia sin prejuicio alguno e imparcialmente, lo cual ya resulta a esas alturas del razonamiento del sentenciador volitivamente imposible de que ocurra.

Esta última afirmación de la que me hago enteramente responsable, al igual que de toda la investigación, se sustenta de la siguiente manera:

Al momento de decidirse el juez por decretar medidas para mejor resolver, automáticamente pierde su postura de imparcialidad y siempre actuará a favor del demandante y en perjuicio del demandado.

En efecto, en base al principio de inocencia que rige igualmente en materia penal como civil, si el juez no forma convicción legal no puede condenar al demandado en base a las pruebas rendidas; simplemente, debe absolverlo. Para ello, nunca será necesario que decrete una de estas medidas para mejor resolver, porque a aquella conclusión debió necesariamente llegar precisamente por falta de prueba. Así, si la medida probatoria decretada por el juez favorece al demandado, inútil fue decretarla porque sólo justifica que debió absolverlo por falta de prueba, con lo cual nunca una medida para mejor resolver puede favorecer al demandado.

En cambio, si decreta una medida para mejor resolver, es precisamente porque le falta prueba para condenar; y si el resultado de la misma favorece al demandado, rechazará la demanda como lo debió hacer por falta de prueba.

No así, si el resultado de la prueba decretada favorece al demandante, pues en tal caso, de no poder condenar por falta de prueba, pasó a deber condenar en base a la medida decretada, favoreciendo así al demandante y rompiendo su equilibrio de imparcialidad.

Objetivamente lo sustentado me parece indemostrable en contrario.

Finalmente, se podría decir —en sustento de la conveniencia de estas medidas— que al decretarlas, el juez no sabe cual será el resultado y, por lo tanto, no se justifica la crítica.

En respuesta, resulta claro que nadie sustenta una intencionalidad de parcialidad por parte de un juez que decreta una medida para mejor resolver.

Además de que el hecho de que al decretarla no puede conocer su resultado, lo que es obvio, sólo es un fundamento superficial, pues lo de fondo y trascendente es que el juez no pierda nunca su carácter imparcial, antes de que firme sentencia, única oportunidad en que el juez puede y debe dejar de ser imparcial, decidiéndose por una de las dos posibilidades: condenar a favor del demandante o absolver a favor del demandado. No antes.

3.9. LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER EN LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LA LEY CHILENA

La ubicación geográfica del Art. 159 del C.P.C., dentro del Libro I de dicho cuerpo normativo de enjuiciamiento, titulado "Disposiciones comunes a todo procedimiento", demuestra inequívocamente que estas medidas son aplicables a todo procedimiento que regle una contienda judicial entre partes en materia civil, entendiendo por tal a todas aquellas contiendas que no sean de orden penal.

El propio Art. 1 del C.P.C., establece como primera gran regla general que

"Las disposiciones de este Código rigen el procedimiento de las contiendas civiles entre partes y de los actos de jurisdicción no contenciosa, cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales de Justicia",

sin distinción alguna como no sea las que queden fuera del concepto

"... procedimiento de las contiendas civiles entre partes...",

por lo que, lejos de toda duda, puedo afirmar, sin temor a equivocarme, que las medidas para mejor resolver, así como toda otra institución procesal regulada en el Libro I del C.P.C. rige en todo procedimiento civil.

La salvedad será la existencia de una exclusión explícita de la ley de procedimiento respecto de esta institución o, en su caso, la regulación normativa modificatoria de su tenor y alcance, en cuyos dos casos deberá estarse a la aplicación preferente de la norma especial por sobre la general, en razón del principio de la especialidad o especificidad. También excepcionalmente podrá concluirse la no aplicación de estas me-

didadas en determinados procedimientos especiales, atendida la especial naturaleza que ellos puedan revestir.

A continuación revisaré la existencia o falta de existencia de normas especiales en distintos procedimientos del ordenamiento civil, sobre las medidas para mejor resolver.

I. INTERDICTOS O JUICIOS POSESORIOS (ART. 549 A 583 C.P.C.)

1. *De la denuncia de obra nueva* (art. 565 a 570, C.P.C.)

Art. 567: "Suspendida la obra, y mientras esté pendiente el interdicto, sólo podrá hacerse en ella lo que sea absolutamente indispensable para que no se destruya lo edificado.

Es necesaria la autorización del tribunal para ejecutar las obras a que se refiere el inciso precedente. El tribunal se pronunciará sobre esta autorización con la urgencia que el caso requiera, y procederá de plano, o, en caso de duda y *para mejor proveer*, oyendo el dictamen de un perito nombrado por él, el cual no podrá ser recusado".

Comentario:

La procedencia del dictamen pericial como medida para mejor resolver está limitada a la exigencia previa de existencia de dudas por parte del Juez para calificar lo indispensable de determinadas obras necesarias para que no se destruya lo edificado.

2. *De la denuncia de obra ruinosa* (Art. 571 a 576 C.P.C.)

Art. 572: "Con el mérito de la diligencia ordenada por el artículo precedente, el tribunal en el acto citará a las partes a oír sentencia, la que deberá dictar de inmediato o en el plazo de los tres días subsiguientes, sea denegando lo pedido por el querellante, sea decretando la demolición, enmienda, afianzamiento o extracción a que haya lugar.

Cuando la diligencia de reconocimiento no haya sido practicada por el tribunal, podrá éste, *como medida para mejor resolver*, disponer que se rectifique o amplíe en los puntos que estime necesarios".

Comentario:

Sólo en caso que el reconocimiento no se haya practicado por el tribunal, éste podrá decretar, como medida para mejor resolver, la rectificación o ampliación en los puntos que estime necesarios.

3. De los interdictos especiales (Art. 577 a 581 C.P.C.)

Art. 577: “Si se pide la destrucción o modificación de las obras a que se refieren los artículos 936 y 937 del Código Civil, se procederá en la forma dispuesta por los artículos 571, 572, 573 y 574 del presente Código”.

Los artículos 936 y 937 del Código Civil se ubican en el Libro II, Título XIV llamado “De algunas acciones posesorias especiales”.

Comentario:

Es aplicable por remisión normativa el artículo 572 antes comentado a propósito de estos interdictos especiales

II. DE LOS JUICIOS ESPECIALES DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (ARTS. 588 A 615 C.P.C.)

De la terminación inmediata del arrendamiento (Art. 607 a 614 C.P.C.)

Art. 609: “Cuando el tribunal lo estime necesario podrá, antes de dictar sentencia, nombrar un perito que informe sobre los hechos alegados o practicar una inspección personal”.

Comentario:

En carácter de medida para mejor resolver, se podrá decretar informe pericial o una inspección personal del tribunal respecto de los hechos alegados, y siempre que el tribunal lo considere necesario.

III. DE LOS JUICIOS DE MENOR Y DE MÍNIMA CUANTÍA. (ART. 698 A 738 C.P.C.)

De los juicios de mínima cuantía (Art. 703 a 738 C.P.C.)

Art. 714: “La práctica de toda diligencia probatoria deberá solicitarse en la audiencia de contestación so pena de no ser admitida después, sin perjuicio de que el tribunal pueda de oficio, *para mejor resolver*, en cualquier estado de la causa, decretar todas las diligencias y actuaciones conducentes a la comprobación de los hechos discutidos, debiendo emplear para ello el mayor celo posible.

Los instrumentos sólo podrán presentarse conjuntamente con la demanda o en las audiencias de contestación o de prueba y las partes deberán formular las observaciones y las impugnaciones que procedan en la audiencia en que se acompañen o en la inmediatamente siguiente. Los incidentes a que den lugar las observaciones e impugnaciones deberán tramitarse y probarse al mismo tiempo que la cuestión principal. Los que se formulen en la audiencia de prueba se deberán probar en esa misma audiencia, salvo que el tribunal por motivos fundados fije una nueva audiencia para ello”.

Comentario:

El resguardo del principio inquisitivo y la prueba de oficio se manifiesta en forma expresa en los Juicios de Mínima Cuantía, autorizando más allá de las medidas para mejor resolver, prueba de oficio sin limitación alguna, en cualquier estado de la causa, para la comprobación de los hechos discutidos.

IV. OTROS PROCEDIMIENTOS REGULADOS EN EL C.P.C.

En los procedimientos de los juicios especiales (Libro III, Art. 434 a 763 C.P.C.), como en el del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar (Art. 434 a 517); en el de las tercerías (Art.518 a 529); en el procedimiento ejecutivo en las obligaciones de hacer y de no hacer (Art. 530 a 544); en la citación de evicción (Art.584 a 587); arbitral, (Art. 628 a 644); en el de partición de bienes (Art. 646 a 666); en el sumario (Art. 680 a 692); en el de cuentas (Art. 693 a 696); en el de pago de ciertos honorarios (Art. 697);en el de menor cuantía (Art. 698 a 702); en el de hacienda (Art. 748 a 752); en el de nulidad de matrimonio y divorcio (753 a 757); en el de la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada (Art. 758 a 763), no existen normas especiales sobre las medidas para mejor resolver, razón por la cual a sus respectos rige íntegramente el Art. 159 del Código de Procedimiento Civil, según lo ya concluido al respecto.

**V. LEY N° 18.287 SOBRE PROCEDIMIENTO
ANTE LOS JUZGADOS DE POLICIA LOCAL**

Art. 13: “El juez podrá ordenar la comparecencia personal del demandado, denunciado o querellado, si lo estimare necesario, bajo los apercibimientos legales a que se refiere el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. Igual facultad tendrá para ordenar la comparecencia de los testigos”.

Art. 16: “El juez podrá decretar en todos los asuntos de que conozca, durante el transcurso del proceso, las diligencias probatorias que estime pertinentes.

En las denuncias por infracciones a las normas del tránsito, cuando el infractor hubiere registrado domicilio inexistente o falso, o el domicilio registrado no sea el actual del inculpado, el juez podrá ordenar el retiro del vehículo de la circulación hasta que registre su domicilio, correctamente.”

Comentario:

También en este procedimiento rige en términos absolutos el principio de la prueba de oficio, y sin limitaciones en cuanto a la oportunidad durante el transcurso del proceso, como respecto de cuáles medios probatorios pueden decretarse las diligencias probatorias que estime pertinentes el juez.

VI. LEY N° 18.101 SOBRE ARRENDAMIENTO DE PREDIOS URBANOS.

Art.15: “El tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar los medios probatorios que estime pertinentes y apreciará la prueba en conciencia en todos los juicios a que se refiere este Título”.

Comentario:

Esta disposición, a propósito de los juicios especiales de arrendamiento de predios urbanos, consagra la prueba de oficio ilimitada y la posibilidad de que las mismas se decreten a petición de parte.

VII. D.F.L. N° 1 CÓDIGO DEL TRABAJO

Art. 453: “No será motivo para suspender el curso del juicio ni será obstáculo para la dictación del fallo el hecho de existir alguna diligencia de prueba pendiente, a menos que el tribunal, por resolución fundada, la estime estrictamente necesaria para la acertada resolución de la causa. En este caso, la reiterará como *medida para mejor resolver*.”

En caso que la medida para mejor resolver consista en reiterar un oficio, el tribunal fijará un plazo prudencial para su respuesta bajo apercibimiento de multa de hasta 10 unidades tributarias mensuales, la que podrá reiterar hasta el debido cumplimiento de lo ordenado”.

Art. 454: “El tribunal podrá de oficio, a partir de la recepción de la causa a prueba, decretar *para mejor resolver* cualquiera de las medidas a que se refiere el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil u otras diligencias encaminadas a comprobar los hechos controvertidos.

Toda *medida para mejor resolver* deberá cumplirse dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de la resolución que la decreta. El tribunal, por resolución fundada, podrá ampliar este plazo prudencialmente, pero sin exceder de diez días contados desde la citación para oír sentencia.

En ningún caso el tribunal podrá decretar estas medidas transcurridos diez días desde que se citó a las partes a oír sentencia”.

Comentario:

La legislación procedimental laboral, desde siempre, y como una forma de compensar la desigualdad de hecho existente en la relación empleador - trabajador, ha entendido necesario entregar al juez mayores facultades probatorias que las comunes o normales de los procedimientos civiles.

Así, se entrega al juez la facultad de decretar como medidas para mejor resolver aquellas pruebas pendientes y que considere estrictamente necesarias para resolver, estableciéndose que todas las que se decreten deberán cumplirse en un plazo de diez días desde que se hayan dispuesto, ampliable hasta un máximo de diez contado desde la citación para oír sentencia, plazo transcurrido el cual, no se podrán decretar.

En todo caso priva el principio inquisitivo en toda su extensión a partir de la recepción de la causa a prueba, en que el juez podrá decretar todas aquellas diligencias probatorias del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil u otras encaminadas a comprobar los hechos controvertidos, con lo cual se hace recaer en el juez un verdadero deber probatorio.

VIII. PRENDAS ESPECIALES.

Tampoco existe norma especial sobre las medidas para mejor resolver en los procedimientos regulados en la Ley N° 4.097 sobre prenda agraria; N° 4.287 sobre prenda de valores mobiliarios en favor de los bancos; N° 5.687 sobre prenda industrial y N° 18.112 sobre prenda sin desplazamiento, por lo que me remito a la conclusión ya expuesta en cuanto a la vigencia y aplicación consecucencial del Art. 159 del Código de Procedimiento Civil.

IX. LEY N° 16.618 DE MENORES

Art. 31: “El juez podrá ejercer las facultades que le otorga esta ley, a petición de la Policía de Menores, de los organismos o entidades que presten atención a menores, de cualquiera persona y aun de oficio. En el ejercicio de estas facultades podrá el juez ordenar las diligencias e investigaciones que estime conducentes.

Siempre que el hecho que motive el denuncia fuere de aquellos que sólo dan acción privada, el juez practicará personalmente la investigación, evitando comprometer la reputación de las personas”.

Art. 36: “El juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios.

Podrá también utilizar todos los medios de información que considere adecuados, quedando obligados los funcionarios fiscales, semifiscales, de empresas del Estado o establecimientos particulares subvencionados por éste, a proporcionarlos cuando les sean solicitados para los efectos de la presente ley.

Los menores no necesitarán de representante legal para concurrir ante el juez de letras de menores.

Art. 40: “Durante el juicio o gestión, y aun antes de iniciarse, el juez de letras de menores, podrá, de oficio o a petición de parte, ejercitar las facultades señaladas en la presente ley. Contra las resoluciones que el juez dicte a este respecto podrá deducirse oposición, en conformidad al artículo 34”.

Comentario:

Es quizás en materia de legislación procedimental de menores —atendido el interés público y de protección social que existe detrás de estos casos— donde más se pueda entender y en su caso justificar una amplia facultad probatoria a cargo del juez,

para lo cual debe razonarse no sobre la base de una imparcialidad absoluta por parte del juzgador sino por tener a su cargo —más que la resolución de un conflicto solamente— el deber de protección hacia los afectados o involucrados en estos juicios.

X. D.F.L. Nº 3 LEY GENERAL DE BANCOS.

Su procedimiento no contiene norma especial sobre medidas para mejor resolver, por lo que me remito a la conclusión ya expuesta para este evento.

XI. DE LOS ACTOS JUDICIALES NO CONTENCIOSOS

(LIBRO IV, ART. 817 A 925 C.P.C.)

Art. 820: “Asimismo decretarán de oficio las diligencias informativas que estime convenientes”.

Comentario:

La ubicación geográfica de esta disposición, dentro del Título I del Libro IV del Código de Procedimiento Civil, demuestra inequívocamente su aplicabilidad para todos aquellos actos judiciales denominados no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, razón por la cual concluyo a su respecto una aplicación de carácter general.

De la expropiación por causa de utilidad pública. (Art. 915 a 925)

Art. 922: “En segunda instancia podrá hacerse nueva estimación pericial en la forma dispuesta por los artículos 915 a 918 inclusive, si el tribunal lo juzga necesario”.

Comentario:

En materia expropiatoria, se faculta al tribunal de Alzada la posibilidad de decretar un nuevo peritaje de tasación, si el tribunal lo estima necesario, con lo cual se otor-

ga mayor libertad al tribunal ad quem y por esta vía para mejor complementar la prueba evaluada en la sentencia del tribunal *a quo*.

XII. D.L. N° 2.186 LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIONES

Art. 14 inciso 5°: “Vencido ese plazo, háyase o no emitido informe pericial, y expirado el término probatorio, en su caso, el juez dictará sentencia sin más trámite en el plazo de diez días contados desde el último término vencido, sin perjuicio de las *medidas para mejor resolver* que estime necesario dictar, las que deberán evacuarse dentro del plazo que señale el tribunal, el que no podrá exceder del término de veinte días”.

Art. 35: “Esta acción indemnizatoria se tramitará en conformidad al procedimiento establecido en el artículo 14”.

Comentario:

En este procedimiento se facultan estas medidas también a criterio del tribunal, extendiéndose a la correspondiente acción indemnizatoria regulada, repitiéndose la limitación temporal de plazo, reguladas como medidas para mejor resolver.

XII. LEY N° 19.325 SOBRE PROCEDIMIENTO Y SANCIONES A LOS ACTOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Art. 3 letra i): “Terminada la recepción de la prueba el tribunal citará a las partes para oír sentencia y, dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de esta resolución, podrá decretar *medidas para mejor resolver*. Además de las medidas establecidas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, podrá decretar informes médicos, psicológicos, de asistentes sociales u otros que estime convenientes, como también requerir informes o antecedentes de organismos de la Administración del Estado, municipal y de empresas particulares, debiendo fijar plazo para su cumplimiento y, en caso de desobediencia, aplicar los apremios que establece el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil”.

Comentario:

La naturaleza de este procedimiento, al igual que el laboral antes comentado, permite justificar la amplitud de las facultades concedidas en materia probatoria, facultándose incluso apremios destinados al cumplimiento oportuno de las diligencias decretadas.

**XIII. OTRAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO RELACIONADAS
CON LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER EN EL C.P.C.**

1. *De las cuestiones de competencia* (Libro I, Título XI, Art. 103 a 112 del C.P.C.)

Art. 103: “Con sólo el mérito de lo que exponga la parte y de los documentos que presente o que el tribunal de oficio mande agregar, si lo juzga necesario, se accederá a la solicitud o se negará lugar a ella”.

Art. 109: “El superior que conozca de la apelación o que resuelva la contienda de competencia declarará cuál de los tribunales inferiores es competente o que ninguno de ellos lo es.

Para pronunciar resolución, citará a uno y otro litigante, pudiendo pedir los informes que estime necesarios, y aun recibir a prueba el incidente.

Si los tribunales de cuya competencia se trata ejercen jurisdicción de diferente clase, se oirá también al ministerio público”.

Comentario:

El tema de la competencia hace que se entreguen al juez facultades para agregar de oficio documentos o pedir informes, ya que definida una eventual incompetencia, arrastra necesariamente la validez de las actuaciones procesales que se desarrollen.

2. *Del privilegio de pobreza.* (Libro I, Título XIII, Art. 129 a 137 C.P.C.)

Art.134: “Serán materia de la información o de la prueba en su caso, las circunstancias invocadas por el que pide el privilegio, y además la fortuna del solicitante, su profesión o industria, sus rentas, sus deudas, las cargas personales o de familia que le graven, sus actitudes intelectuales y físicas para ganar la subsistencia, sus gastos necesarios o de lujo, las comodidades de que goce, y cualesquiera otras que el tribunal juzgue conveniente averiguar para formar juicio sobre los fundamentos del privilegio”.

Comentario:

La calificación de pobreza de un determinado litigante, para otorgarle los privilegios legales para litigar sin gastos, determina que se faculte al tribunal la posibilidad de efectuar averiguaciones de oficio y destinadas a formar juicio sobre los fundamentos del privilegio. Si bien la norma no es clara en tal sentido, su contexto nos permite inferir esta conclusión.

3. *De la conciliación* (Libro II, Título II, Art. 262 a 268 C.P.C.)

Art. 266: “El juez de oficio ordenará agregar aquellos antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes”.

Comentario:

Atendida la importancia de esta norma en el estudio y avance de esta investigación, he desarrollado un acápite especial al cual me remito.

XV. DECRETO LEY N° 830 CÓDIGO TRIBUTARIO

1. *Libro Tercero, Título II, Del procedimiento general de las reclamaciones.*

Art. 143: “El recurso de apelación se tramitará sin otra formalidad que la fijación de día para la vista de la causa, sin perjuicio de las pruebas que las partes puedan rendir de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, o de las *medidas para mejor resolver* que ordene el tribunal. En estas apelaciones no procederá la deserción del recurso”.

2. *Libro Tercero, Título III, De los procedimientos especiales.*

Art. 152: “Los contribuyentes y las Municipalidades podrán apelar de las resoluciones definitivas dictadas por el Director Regional, pero ante el Tribunal Especial de Alzada.

El recurso sólo podrá fundarse en las causales indicadas en el artículo 149 y en él se individualizarán todos los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente, sin perjuicio de las que pueda ordenar de oficio el tribunal. El recurso que no cumpliera con estos requisitos, será desechado de plano por el Tribunal de Alzada.

La apelación deberá interponerse en el plazo de quince días contado desde la notificación de la sentencia”.

3. *Libro Tercero, Título IV, Del procedimiento para la aplicación de sanciones*

Art. 163 letra e) inciso 2°: “Las partes podrán designar, a su costa, peritos adjuntos en materias contables o de otra índole, los que deberán evacuar sus informes en el plazo de veinte días, pudiendo éste ser ampliado a veinte días más por una sola vez, a petición de los peritos y por resolución fundada del juez de la causa. Transcurridos los plazos sin que se hayan evacuado los primeros informes, quedará ipso facto sin efecto la designación del perito sin necesidad de requerimiento previo o resolución del Tribunal. Iguales normas se aplicarán respecto de los peritos que el Tribunal de oficio designe”.

4. *Libro Tercero, Título IV, Procedimientos especiales para la aplicación de ciertas multas.*

Art. 165 N°4: “Una vez formulado el reclamo, el contribuyente podrá dentro de los ocho días siguientes, acompañar y producir todas las pruebas que estime necesario rendir. El Director Regional determinará la oportunidad en que la prueba testimonial deberá rendirse. Sólo podrán declarar los testigos que el contribuyente señale en el reclamo, con expresión de su nombre y apellido, domicilio, profesión u oficio. No podrán declarar más de cuatro testigos en total. En todo caso, el Director Regional podrá citar a declarar a personas que no figuren en la lista de testigos o decretar otras diligencias probatorias que estime pertinentes. La prueba se apreciará de acuerdo a las reglas de la sana crítica”.

Comentario:

En materia tributaria, también se ha tenido históricamente un criterio legislativo amplio para facultar medidas probatorias por parte del tribunal, llegando en determinados casos a facultarse la citación a declarar a personas que no figuren en la lista de testigos, lo cual me parece que va más allá de toda consideración lógica por parte de un juez a cargo de resolver cuestiones de naturaleza civil.

XVI. LEY N° 4.702 SOBRE COMPRAVENTA DE COSAS MUEBLES A PLAZO

Art. 39: “El juez podrá decretar de plano y provisionalmente las medidas que estime necesarias para la seguridad de los derechos del acreedor”.

Comentario:

Esta disposición legal consagra el principio inquisitivo absoluto, estableciendo que el juez podrá decretar de plano y provisionalmente aquellas medidas que estime necesarias para resguardar los derechos del acreedor, con lo cual su exigible imparcialidad queda indeterminada.

XVII. LEY N° 18.690 SOBRE ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO (WARRANTS)

Art. 39: “Los jueces de policía local competentes en relación con el lugar en que esté ubicado el almacén, conocerán de las causas a que den origen estas contravenciones conforme al procedimiento establecido en la ley 18.287”.

Comentario:

A propósito de este procedimiento rigen íntegramente las normas relacionadas con el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, transcritas en el punto V anterior.

XVIII. RECURSO DE QUEJA

Art. 549 letra c) del Código Orgánico de Tribunales: “Vencido el plazo anterior, se haya o no recibido el informe, se procederá a la vista del recurso, para lo cual se agregará preferentemente a la tabla. No procederá la suspensión de su vista y el tribunal sólo podrá decretar *medidas para mejor resolver* una vez terminada ésta, y...”

Comentario:

A propósito del recurso de queja, destinado a subsanar las faltas o abusos en que hubiere incurrido un inferior jerárquico, el tribunal a cargo de su resolución —uego de la vista del recurso— podrá decretar medidas para mejor resolver, lo que se entiende consecuencia del plano meramente disciplinario envuelto en este procedimiento.

3.9.1. AUTO ACORDADO DE LA CORTE SUPREMA SOBRE TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE PROTECCIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

(Publicado en el Diario Oficial de 27 de junio de 1992)

“5.° Para mejor acierto del fallo se podrán decretar todas las diligencias que el Tribunal estime necesarias”.

“8.° Para entrar al conocimiento del recurso o para el mejor acierto del fallo, la Corte Suprema podrá solicitar de cualquier autoridad o persona los antecedentes que considere necesarios para la resolución del asunto”.

Comentario:

En relación con el Recurso de Protección de garantías constitucionales se amplía sin límite alguno las facultades del tribunal en materia probatoria, bajo la justificación de lo llamado *mejor acierto del fallo*.

3.9.2. AUTO ACORDADO DE LA CORTE SUPREMA QUE ESTABLECE INSTRUCCIONES RESPECTO DE DOCUMENTOS Y EXPEDIENTES QUE LAS CORTES DE APELACIONES ORDENAN TRAER A LA VISTA Y DILIGENCIAS PARA MEJOR RESOLVER QUE DECRETAN LOS TRIBUNALES.

(Santiago, 12 de Agosto de 1963)

“ 5.° Si es necesario traer a la vista expedientes que se encuentran en tramitación, las Cortes ordenarán hacerlo, para mejor resolver, con el objeto de no paralizar la marcha de ellos y darán estricto cumplimiento a lo prescrito, para tal caso, por el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil.

6.° Evitarán decretar trámites que no sean manifiestamente necesarios. En los casos en que ellos se decreten, una vez cumplidos, las causas figurarán en el número de orden que tenían en la tabla, antes de ordenarse el trámite, y

7.° Los Tribunales se abstendrán de disponer la práctica de diligencias para mejor resolver, que no sean indispensables para el acierto del fallo, y cuando se decreten, sea en materia civil o penal, dictarán de oficio las providencias conducentes para su pronto cumplimiento sin que sea óbice para ello, la circunstancia de que no se haya acompañado papel competente”.

Comentario:

Este auto acordado contiene, en mi concepto, dos relevantes limitaciones a las facultades del sentenciador para decretar medidas para mejor resolver. En primer lugar, que sean manifiestamente necesarias respecto de los trámites y en relación a las diligencias para mejor resolver, estableciendo como regla general la abstención, y, sólo si son indispensables para el acierto del fallo, la posibilidad de decretarlas, estableciendo imperativamente que de oficio deben tomar las providencias para el pronto cumplimiento de ellas.

3.9.3. PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA¹⁵

Consagra en su artículo 33 referido a las facultades del tribunal; claras facultades probatorias del juez al disponer:

“El Tribunal está facultado:

4º) para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes;

¹⁵ *Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Ediciones Edeval, colección de jornadas académicas, Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, económicas y sociales, Escuela de Derecho, Valparaíso, Chile, 1989.

5º) para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerir las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito;”

Agregando su artículo 129 a propósito de la carga de la prueba que la distribución de tal carga

“... no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal”

y finalmente su artículo 182 regulando las pruebas posteriores a la conclusión de la causa, establece, inciso 2º:

“El Tribunal, en forma excepcional y dejando expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso con anterioridad su diligenciamiento, podrá disponer cualquier prueba que considere adecuada para mejor proveer. De su resolución no habrá recurso alguno. Pero si el Tribunal de segunda instancia considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el juicio, podrá disponer las medidas complementarias para asegurar el respeto al derecho de defensa en juicio”.

Comentario:

Este proyecto, que acepta de buena gana las medidas para mejor resolver y más aun la prueba oficiosa, sin embargo, refiere en su artículo 182 que puede producirse con aquellas una alteración del principio de igualdad de las partes, aunque agrega que ello para ser trascendente debe ser grave.

La pregunta que renace inmediatamente es: cómo puede la alteración o vulneración de un principio fundamental ser más o menos grave y ello llevar a una definición de trascendencia o de intrascendencia de su consecuencia.

En síntesis, siempre que en cualquier grado exista una alteración al principio de igualdad o de imparcialidad será grave y merecedor de todo rechazo, al igual que una confusión tan evidente como lo es aceptar facultades probatorias al juez “respetando el derecho de defensa de las partes” (artículo 33 Nº4), por cuanto el sólo permitir actividad probatoria jurisdiccional importa no respetar una de las manifestaciones del derecho de defensa de las partes, cual es, el de la iniciativa exclusiva de resorte sólo de ellas y ser juzgados por un tercero absolutamente imparcial, calidad que se pierde cuando el juez además de cumplir sus únicas funciones intrínsecas —procesar y sentenciar— se le permite también probar, de lo cual postulo que las hipótesis de esta norma citada —prueba de oficio y respeto al derecho de defensa de las partes— es una simple quimera carente de todo sustento lógico, de justicia y de racionalidad.

CAPITULO SEGUNDO

1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En esta parte de la investigación presento un análisis de la realidad de las medidas para mejor resolver desde la perspectiva de los sentenciadores; esto es, de la llamada *jurisprudencia*.

Para ello he escogido 23 sentencias publicadas en las revistas especializadas que en cada caso se indican, y el orden de exposición de cada fallo sólo está determinado por su fecha entre los años 1961 y 1996.

He estimado innecesario acceder a un análisis anterior al año 1961 dado que creo en el concepto evolutivo de los criterios jurisprudenciales y, por lo tanto, en la importancia de considerar como criterios válidos de aplicabilidad aquellos que tengan una mayor cercanía con el tiempo actual, sin dejar de reconocer que existen —por cierto— criterios jurídicos centenarios e incluso milenarios insuperables y de toda vigencia y actualidad, por una parte; y, por otra, por cuanto una obra nacional relevante ya analizó con profundidad la realidad jurisprudencial hasta la fecha de su publicación en el año 1960. Me refiero a la obra de Guillermo Piedrabuena Richard: *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*.

Para efectos expositivos y explicativos de cada sentencia seleccionada, transcribiré su pertinente razonamiento jurídico así como el de la doctrina o comentario original del editor responsable de la publicación respectiva, salvo en aquellos casos en que el comentario doctrinal sólo sea reproductivo de los considerandos de la sentencia en análisis, dejando para el final mis observaciones relacionadas con esta investigación.

SENTENCIA 1¹⁶

Considerando:

Vistos y teniendo presente:

¹⁶ Revista de Derecho, Jurisprudencia y Cs. Sociales, Tomo 58, Sección 1º, pág.195.

Corte Suprema, 20 de Junio de 1961. Sociedad Minera Legal "Toña Una de la Sierra Pastenes", Recurso de Queja.

Ministros sentenciadores señores: Pedro Silva, Osvaldo Illanes, Manuel Montero, Ciro Salazar, Enrique Urrutia, Marcos Silva, Leopoldo Ortega.

“Que de los informes que presentan al juicio los peritos en cumplimiento de una medida para mejor resolver están sujetos a las reglas generales de la prueba y, por consiguiente, pueden ser impugnadas”.

“Que formulado incidente de impugnación debe ser tramitado, y si él se funda en un hecho susceptible de prueba ésta debe ser recibida cualquiera que sea el estado de la causa en que se haya producido la incidencia”.

“Que de esta manera, al plantearse en el caso a que se refiere la queja una impugnación fundada en hechos susceptibles de ser acreditados, el tribunal ha debido acceder a la petición formulada en ese sentido, y al no hacerlo ha inferido a la interesada un agravio que debe ser enmendado por esta vía”.

Doctrina:

Dice lo mismo que en el considerando.

Conclusiones:

Esta sentencia determina no sólo la procedencia de la prueba pericial decretada como medida para mejor resolver, sino también el deber del tribunal de recibir a prueba los hechos que fundamentan su impugnación por estar sujeto a las reglas generales de la prueba.

Estimo inconveniente decretar prueba pericial como medida para mejor resolver, más aún si las partes no lo solicitaron en su oportunidad procesal probatoria, constituyendo una posible alteración del mérito probatorio del proceso el permitir la recepción a prueba de la impugnación formulada. A lo más, debería dejarse la apreciación de las objeciones para la sentencia definitiva, sin que a propósito de las mismas pueda rendirse nueva prueba en este estadio procesal.

SENTENCIA 2¹⁷

Considerando:

“Que la medida decretada a fojas 121 suspendió el estado de sentencia en que se hallaba la causa y colocó a las partes en la necesidad legal de activar el cumplimiento de esa medida para la debida prosecución del juicio hasta dejarlo de nuevo en estado de fallo”.

¹⁷ Revista de Derecho, Jurisprudencia y Cs. Sociales, Tomo 58, Sección 1º, pág.280.

Corte de Santiago, 11 de Junio de 1959, Casación de Fondo 8 de Agosto de 1961. Schulbe, Kurt con Mosca, Santiago. Ministros sentenciadores señores: Osvaldo Illanes, Manuel Montero, Ciro Salazar, José M. Eyzaguirre, Marcos Silva, Leopoldo Ortega, Julio Chaná.

“Debe expresarse que de acuerdo con la norma general establecida en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, éstos no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo en los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio.

Pues bien, en el caso de autos, el juez a fojas 121 ordenó con conocimiento de las partes, cumplir con lo resuelto a fojas 103 vuelta, en cuanto ordena reiterar el oficio al Primer Juzgado Civil para la remisión de los autos “Vasen con Compañía Química Industrial” pedido por decreto de fojas 74.

Del texto del citado artículo 159 aparece que la facultad para proceder de oficio otorgada al juez de la causa, se extiende en este caso únicamente a ordenar la práctica de las medidas a que esa disposición se refiere, pero no para llevarlas a efecto dentro del proceso. Esto corresponde a las partes, porque así se deduce de este artículo 159 del Código de Procedimiento Civil y del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, citados. Y, como se ha visto, no se ha establecido como excepción la de que el juez quede facultado también para realizar de oficio la medida que decreta”.

Doctrina:

Corte de Apelaciones. “Las medidas para mejor resolver suspenden el estado de sentencia y colocan a las partes en la necesidad legal de activar el cumplimiento de dichas medidas para la debida prosecución del juicio; al no hacerse así y transcurrido un año de inactividad, debe acogerse la declaración de abandono de la instancia solicitada”.

Casación de Fondo. “La facultad para proceder de oficio otorgada al juez de la causa por el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, se extiende únicamente a ordenar la práctica de las medidas para mejor resolver a que dicha disposición se refiere, pero no para llevarlas a efecto dentro del proceso. Esto corresponde a las partes”.

Conclusiones:

Esta jurisprudencia determina y reconoce una importante limitación procedimental de las medidas para mejor resolver, al disponer que el juez sólo puede decretarlas de oficio, pero no puede desplegar actividad tendiente a ejecutarlas o materializarlas. Ello es carga procesal exclusiva de las partes o, más precisamente, siendo consecuente con mi posición, del demandante interesado y favorecido con la prueba decretada. Como he sostenido, el demandado nunca debería tener interés en que se cumpla una medida para mejor resolver, ya que su ejecución sólo puede desmejorar su posición probatoria y nunca favorecerla.

SENTENCIA 3¹⁸

Considerando:

“ Vistos y teniendo presente:

¹⁸ Revista de Derecho, Jurisprudencia y Cs, Sociales, Tomo 58, Sección 2º, pág. 117.

Corte de Santiago, 9 de Noviembre de 1961. Wiedma, Zenaida con Conde, Román.

Ministros sentenciadores señores: Luis Maldonado, Eduardo González, Guillermo Burgos.

1.º Que, nuestro procedimiento civil, en todo lo contencioso, y aun en algunas de sus otras esferas, ha mantenido como un principio rector, el de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, en términos que el planteamiento y la interposición de las acciones mediante la demanda, ha dependido exclusivamente de la voluntad de los actores;

2.º Que, en concordancia con este temperamento, nuestros tribunales han sido en la esfera que se comenta, meramente pasivos, siguiendo la regla señalada en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales que dice a la letra “Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio”;

3.º Que, a la vez, el avance de las normas procesales, especialmente en el concepto doctrinario, ha hecho que con el tiempo se concedan a los jueces mayores atribuciones, que les permiten tomar parte, con cierta relativa actividad, en el adelanto, corrección y eficacia en la tramitación de la ritualidad de los juicios;

4.º Que, dentro de estas facultades, cuyo origen, extensión y significado no es del caso entrar en detalles o relacionar en esta oportunidad, se encuentra la facultad, por la vía del ejemplo, para decretar medidas probatorias tendientes a producir un mejor acierto del fallo, las llamadas medidas para mejor resolver, y aquellas que autorizan para dictar las medidas necesarias para corregir el procedimiento, declarando la nulidad de algunos actos o aquellas que tiendan a evitar tal sanción.

12.º Que, abundando en este orden de cosas, es menester considerar que si bien, al introducirse la regla del inciso tercero del artículo 84, cuyo uso ha motivado esta resolución, se dijo en el mensaje de la Ley Nº 7760 que se sacaba a los jueces “de su rol pasivo de espectadores de la contienda judicial, para llevarlos al plano de personas activas de la justicia, premunidos de las facultades necesarias para establecer, con pleno conocimiento de causa, la verdad jurídica que permita, fundada y rápidamente, dar a cada uno lo que es suyo” no es menos cierto que la facultad se concedió con discrecionalidad, dejándola a la prudencia y buen criterio del magistrado, ya que se dijo que el juez “podrá” corregir de oficio los errores, y no se le impuso la obligación de hacerlo, señalándose que “deberá” hacerlo, con lo cual, se ha dejado a la ponderación del magistrado el uso de la facultad, cuando ella sea lógicamente aconsejable, en resguardo de los derechos de las partes, en forma que el interés público se encuentre en peligro de ser dañado o sufrir quebrantos”.

Doctrina:

“Nuestro procedimiento civil, en todo lo contencioso, y aun en algunas de sus otras esferas, ha mantenido como un principio rector, el de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, en términos que el planteamiento y la interposición de las acciones mediante la demanda, ha dependido exclusivamente de la voluntad de los actores.

Mas, el avance de las normas procesales, especialmente en el concepto doctrinario, ha hecho que con el tiempo se concedan a los jueces mayores atribuciones, que les permitan tomar parte, con cierta relativa actividad, en el adelanto, corrección y eficacia en la tramitación de la ritualidad de los juicios.

Entre estas facultades se encuentra, por la vía del ejemplo, la de decretar medidas probatorias tendientes a producir un mejor acierto en el fallo,- las llamadas medidas para mejor resolver-, y aquellas que autorizan para dictar las medidas necesarias para corregir el procedimiento, declarando la nulidad de algunos actos o aquellas que tiendan a evitar tal sanción”.

Conclusiones:

Estimo que esta jurisprudencia incurre en un desacierto importante, lo que comparte el comentario doctrinal de la misma, ya que el Considerando 2º y como fundamento de la actividad de oficio en materia probatoria por parte del juez, se reconoce la conveniencia de tal actividad de oficio, para "...el adelanto, corrección y eficacia en la tramitación de la ritualidad de los juicios", lo que si bien es correcto y comparto, "la ritualidad de los juicios" escapa a toda concepción y regulación normativa de carácter probatorio, por lo que ninguna pertinencia tiene tal fundamento para sustentar las medidas para mejor resolver.

SENTENCIA 4¹⁹

Considerando:

"Que el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil establece la facultad de los tribunales para ordenar medidas para mejor resolver, pero el no ejercicio de tal facultad, máxime cuando dentro del juicio respectivo se ha declarado, por resolución ejecutoriada, incurso a una de las partes en un apercibimiento por no haber efectuado oportunamente una diligencia probatoria que perseguiría el mismo fin que la medida no decretada, no constituye una falta ni menos un abuso que haga procedente un recurso disciplinario como el de queja".

Doctrina:

Lo mismo que en el considerando.

Conclusiones:

Esta jurisprudencia destaca una característica importante de estas medidas, cual es que no sólo son facultativas sino que *arbitrariamente facultativas* por parte del tribunal, de modo tal que aun siendo aconsejable o conveniente decretarlas, de no hacerlo, el juez actúa del todo correctamente y ajeno a todo mérito de reproche. Esta irrestricta libertad decisoria estimo que constituye otra seria objeción a estas medidas por la disparidad de criterios jurídicos que permite aceptando que ambas posturas, decretarlas y no decretarlas, estén igualmente bien.

¹⁹ Revista Fallos del Mes N°36, pág. 467. 20 de Noviembre de 1961.

Rol 5050 "Recurso de Queja Paulina Gacitúa contra Juez 1º menor C. Civil Santiago", Apelación.

Ministros sentenciadores señores: Pedro Silva, Osvaldo Illanes, Manuel Montero, Ciro Salazar, Enrique Urrutia, José M. Eyzaguirre, Marcos Silva.

SENTENCIA 5²⁰

Considerando:

“5.º Que la tercera causal de casación en la forma invocada en el recurso es la misma precedentemente estudiada, esto es, la del artículo 768, Nº 9, del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 800, Nº 3, del mismo Código.

Sostiene al respecto el recurso:

- a) *que “mediante el subterfugio de una medida para mejor resolver se agregó por el demandante, señor Lazo, un expediente del Segundo Juzgado de Concepción, sobre reconstitución de la quiebra de Pedro Pérez, otro del mismo tribunal, sección criminal, sobre calificación de la misma quiebra, y expediente caratulado “Lazo con Pedro Pérez y Francisco Medina”, expedientes todos ellos que en el hecho vienen en constituir instrumentos agregados por una de las partes, en segunda instancia y a los cuales U.S.I. otorgó mérito probatorio en su sentencia definitiva, pese a que materialmente fueron agregados el 8 de Mayo de 1962, o sea, después de comenzada la vista de la causa, hechos todos ellos que tipifican la causal de casación en la forma señalada y que se refiere a la agregación extemporánea de instrumentos agregados por las partes, en segunda instancia, como ha ocurrido en la especie”;*
- b) *que, en el caso de autos, no se está en presencia de una medida para mejor resolver dado que éstas, conforme lo dispuesto en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, se decretan de oficio por el tribunal, lo que no ha ocurrido en la especie supuesto que ellas se ordenaron a petición del demandante, señor René Lazo, quien así lo hizo en su escrito a fojas 125 en que solicitó que, para mejor resolver, se dispusiera traer a la vista los expedientes mencionados en la letra a) de este considerando;*
- c) *que si la medida que ordenó traer a la vista los expedientes indicados no es medida para mejor resolver, en su sentido legal, cabe concluir que la agregación de dichos expedientes reviste el carácter de agregación de instrumentos presentados por las partes, en segunda instancia, y, en consecuencia, es aplicable lo dispuesto en el artículo 800, Nº 3, del Código de Procedimiento Civil que requiere que los instrumentos presentados por las partes se agreguen en tiempo hábil, lo que no ha ocurrido en el caso de autos;*

6.º Que, no obstante lo expuesto en el recurso, es lo cierto que la resolución que dispuso “traer a la vista” los expedientes aludidos en el considerando precedente importa una medida para mejor resolver porque dicha resolución se dictó “puesto el proceso en estado de sentencia” como lo dispone el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, o sea, cuando la causa se encontraba en acuerdo.

En efecto, consta del certificado del relator, a fojas 113, que la causa quedó en acuerdo el 27 de Abril de 1962, fecha en que precisamente se dispuso, a fojas 125 vuelta, para mejor resolver, “traer a la vista” los aludidos expedientes.

Por otra parte, si bien los mismos expedientes, llevados a la vista, lo fueron a sugerencia de la parte demandante, es lo cierto que es al tribunal a quien corresponde en definitiva, en uso de las facultades privativas que le confiere el artículo 159 del Código

²⁰ Revista de Derecho, Jurisprudencia y Cs. Sociales, Tomo 60, Sección 1º, pág. 87.

Casación de Forma y Fondo. 17 de Mayo de 1963. Lazo F. René con Pérez P. Pedro y otros.

Ministros sentenciadores señores: Pedro Silva, Manuel Montero, Julio Espinosa, Ramiro Méndez, Víctor Ortiz, Eduardo Ortiz, Urbano Marín.

de Procedimiento Civil, ordenar las medidas para mejor resolver que estime procedentes. Es así como, en uso de dichas facultades privativas, que las decretó a fojas 125 vuelta de autos dando de ello conocimiento a las partes;

7.º Que la cuarta causal de casación a que alude el recurso es la misma del artículo 768, Nº 9 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 800, Nº 3 del referido Código.

Sostiene sobre el particular, el recurso, que en la diligencia de prueba que constituye el hecho de haberse agregado materialmente los expedientes solicitados por la contraria, se ha omitido “la citación” de las partes respecto de los instrumentos o expedientes agregados, incurriendo, de este modo, en la causal de casación invocada;

8.º Que, para desestimar el recurso respecto de la causal en estudio, basta tener sólo en consideración que el artículo 800, Nº 3 del Código de Procedimiento Civil establece que son trámites o diligencias esenciales en la segunda instancia de los juicios de mayor cuantía, entre otros, “la agregación de los instrumentos presentados por las partes en tiempo hábil y la citación de la parte contra la cual se presentan” artículo éste que, como puede verse, no se refiere a los instrumentos ni a los autos que se ordenan agregar por el tribunal para mejor resolver;

9.º Que la quinta causal de casación en la forma invocada en el recurso es también la del artículo 768, Nº 9 del Código de Procedimiento Civil, esta vez, en relación con los artículos 800, Nº 7 y 795 del mismo cuerpo de leyes, en cuanto se ha omitido la práctica de una diligencia probatoria que ha producido indefensión a los demandados, porque no se agregaron con citación los expedientes pedidos para mejor resolver y se proveyó “venga con sus antecedentes” un escrito en que los demandados formulaban observaciones sobre dichos expedientes, no obstante que el proceso estaba en poder de la Corte para fallo;

10. Que los recurrentes no reclamaron de la resolución de fojas 127 vuelta que tuvo por agregados los expedientes con “noticia de las partes” lo que obsta, asimismo, a la admisibilidad del recurso en este aspecto.

En todo caso, si bien los expedientes a que alude el recurso se tuvieron por agregados con “noticia de las partes” (fojas 127 vuelta) es lo cierto que, como el propio recurso lo reconoce ahora, dichos expedientes fueron pedidos por el tribunal para “mejor resolver” y fue en ese momento y no al agregarse a los autos cuando se decretó la respectiva diligencia, para lo cual sólo era menester hacerlo con “conocimiento de las partes” y así se hizo según consta a fojas 125 vuelta.

En cuanto a la alegación del recurso relativa a lo resuelto por los sentenciadores sobre el escrito de observaciones a los expedientes pedidos para mejor resolver no importa la omisión de la práctica de una diligencia de prueba dado que en dicho escrito, no agregado al proceso, la propia parte recurrente manifiesta que sólo formulaba observaciones sobre los referidos expedientes”.

Doctrina:

“La circunstancia de traer unos expedientes a la vista a sugerencia de la parte demandante, no resta a tal trámite el carácter de medida para mejor resolver. En consecuencia, no es dable pretender que la diligencia señalada importaría agregación de instrumentos en tiempo inhábil.

El artículo 800, Nº 3 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto establece que son trámites o diligencias esenciales en la segunda instancia de los juicios de mayor cuantía, entre otros, “la agregación de los instrumentos presentados por las partes en tiempo inhábil y la citación de la parte contra quien se presentan”, no se refiere a los instrumentos ni a los autos que se ordenen agregar por el tribunal para mejor resolver. Para decretar esta medida basta hacerlo con conocimiento de las partes.

La providencia “venga con sus antecedentes”, recaída en el escrito en que se formulaban observaciones sobre los expedientes agregados como medida para mejor

resolver, no importa la omisión de la práctica de una diligencia de prueba que ha producido indefensión; y si dicho escrito no fue agregado al proceso ni se reclamó de ello, no tuvo por qué considerarlo la sentencia”.

Conclusión:

Considero erróneo y contra el texto de la ley decretar medidas para mejor resolver a petición de una de las partes. En el caso específico, la diligencia decretada en estado de acuerdo la causa consistente en la agregación de determinados expedientes, constituye la subsanación de una omisión en que incurrió la parte interesada en tal diligencia, que como es de normal ocurrencia y sistemática repetición, lo es la demandante, frente a la falta de prueba suficiente y oportuna.

SENTENCIA 6²¹

Considerando:

“Que la providencia de fojas 642 vuelta consta en realidad de dos partes: una relativa al “cúmplase” recaído en la sentencia de 3 de Junio de 1965 por la cual se invalidó la de primera instancia y se repuso la causa al estado de dictarse nuevo fallo, y otra que disponía la práctica de una medida para mejor resolver, consistente en la agregación de determinados expedientes de otro juzgado”.

“Que el “cúmplase” implicaba la vigencia de nuevo del decreto que citaba a las partes para oír sentencia, y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, en tal estado del pleito no se admiten escritos ni pruebas de ningún género y cesa o queda en suspenso la labor de las partes como sujetos activos de la relación procesal”.

“Que, aun cuando el inciso segundo de la disposición legal recién citada establece una excepción al respecto cuando se dicten medidas para mejor resolver y por lo tanto podría estimarse que en tal caso renace la actividad de las partes, es menester para que ello ocurra que de tales medidas se dé conocimiento a las partes, como lo prescribe el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, y esta obligación compete al juez de la causa”.

“Que, en efecto, el artículo 159 recién referido dispone que “puesto el proceso en estado de sentencia, podrán los tribunales, para mejor resolver, ordenar de oficio, pero dando de ello conocimiento a las partes, alguna o algunas de las siguientes medidas”, y por lo tanto es al juez a quien corresponde la iniciativa en la dictación de tales medidas y en el conocimiento que de ellas deben tener las partes, siendo la primera una facultad y la segunda una obligación consecencial”.

“Que de la resolución de fojas 642 vuelta aparece que, al decretarse la medida para mejor resolver de traer a la vista unos expedientes, no se ordenó que se diera co-

²¹ Revista de Derecho, Jurisprudencia y Cs. Sociales, Tomo 64, Sección 1º, pág. 107.

Corte de La Serena 21 de Enero de 1967, Corte Suprema 3 de Mayo de 1967. Godoy, Fco. y otros con Agrícola y Ganadera “Los Vilos” Ltda. Fischer viuda de Daly, Lucy. Recurso de Queja.

Ministros sentenciadores señores: Manuel Montero, Ramiro Méndez, Enrique Urrutia, José M. Eyzaguirre, Juan Pomés, Raúl Varela, Julio Philippi.

nocimiento de ello a las partes, ni se notificó tal medida, y en tal situación las partes no estaban legalmente en condiciones de hacerse cargo de dicha medida ni las afectaba procesalmente”.

“Que en consecuencia, debe estimarse que hasta el momento en que se practicaron las notificaciones que rolan a fojas 643 de la medida para mejor resolver ordenada, regía el decreto que citaba a las partes para oír sentencia, lapso durante el cual el demandante no estaba obligado a instar por la prosecución del juicio, y por lo tanto no podía afectarle la institución del abandono de la instancia”.

“Que a la conclusión anterior no obsta la disposición del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil en cuanto dispone que el plazo respectivo se contará desde la última providencia, porque, si bien existe dicha providencia, se trata de una resolución especialísima que debe dictarse dando expreso conocimiento de ella a las partes, como lo ordena el artículo 159 del mismo Código”.

“Que, aún más, de conformidad con lo prescrito en el N° 7 del Auto Acordado de 12 de Agosto de 1963 de la Excma. Corte Suprema, cuando se decretan medidas para mejor resolver, los tribunales deberán dictar “de oficio” las providencias conducentes para su pronto cumplimiento, implicándose así que desde que la causa queda en estado de sentencia corresponde al juez la iniciativa y obligación de activar el proceso”.

Doctrina:

“Compete al juez de la causa la obligación de dar conocimiento a las partes de las medidas para mejor resolver que decreta”.

“Desde que la causa queda en estado de sentencia corresponde al juez la iniciativa y obligación de activar el proceso”.

Conclusión:

El juez debe cumplir con dar conocimiento a las partes de las medidas para mejor resolver que decreta de forma tal que, de no hacerlo, en forma alguna puede representar alguna carga procesal para las partes. De otra parte, esta sentencia al igual que las anteriormente comentadas, en forma alguna pone en duda la aplicabilidad de estas medidas.

SENTENCIA 7²²

Considerando:

“Que en cuanto al segundo fundamento del recurso en estudio, éste debe ser desestimado, pues las medidas para mejor resolver, de acuerdo con el artículo 159 del

²² Revista de Derecho, Jurisprudencia y Cs. Sociales, Tomo 66, Sección 1°, pág. 49.

Casación de Forma, 28 de Abril de 1969. S.A. Sedylan S.A.C. Quiebra.

Ministros sentenciadores señores: José M. Eyzaguirre, Israel Bórquez, Juan Pomés, Octavio Ramírez, Darío Benavente, Humberto Alvarez, Jorge Barceló.

Código de Procedimiento Civil son meramente facultativas para el tribunal y el no decretarlas no puede constituir un vicio para fundamentar un recurso como el que se falla por esta sentencia”.

Doctrina:

Lo mismo que dice el considerando.

Conclusión:

Esta sentencia reconoce el carácter meramente facultativo de las medidas para mejor resolver, en forma tal que no soluciona el reparo de las facultativas, en cuanto con ello puede existir desigualdad, disparidad de criterios y simplemente discrecionalidad a un paso de la arbitrariedad en cuanto a decretarlas o no decretarlas.

SENTENCIA 8²³

Considerando:

1. *“Que las medidas para mejor resolver que la ley autoriza en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, constituye una facultad de que pueden usar los tribunales cuando en los autos aparezca algún antecedente serio que permita esclarecer por medio de alguna de esas medidas- el asunto sometido a la decisión de ellos”.*

2. *“Que, en las condiciones señaladas, por tratarse de diligencias probatorias totalmente dependientes del arbitrio de los falladores, ellas no constituyen un trámite o diligencia esencial en el desarrollo de los juicios”.*

3. *“Que, por lo tanto, al desestimar el tribunal de segunda instancia, en el fallo respectivo, la petición de traer a la vista el juicio ejecutivo N° 13.871 del rol del Juzgado de San Miguel, por considerarlo innecesario, no se ha faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley, ni a ningún otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad”.*

4. *“Que, en consecuencia, procede desestimar la causal de casación en la forma que se basa en el N° 9 del artículo 768 del Código de Enjuiciamiento Civil”.*

Doctrina:

Lo mismo que dice el considerando.

²³ Revista de Derecho, Jurisprudencia y Cs. Sociales, Tomo 67, Sección 1º, pág. 366.

Casación de Forma y Fondo, 31 de Agosto de 1970. Jordán, Jorge con Carrasco, Héctor.

Ministros sentenciadores señores: Eduardo Varas, José M. Eyzaguirre, Ricardo Martín, Juan Pomés, Octavio Ramírez, Víctor M. Rivas, Leopoldo Ortega.

Conclusión:

Esta sentencia pone de relieve una exigencia de creación jurisprudencial: existencia de antecedentes serios que constan en el proceso y como base de la medida para mejor resolver que se decrete, ésta permita esclarecer el asunto sometido a decisión.

Loable pero inadecuado e injusto es este razonamiento, puesto que en materia de conflictos civiles no es función del tercero imparcial juez esclarecer lo discutido. Esto es de resorte y responsabilidad exclusiva y excluyente de las partes, de modo tal que la falta de claridad no debería ser suplida por actividad del juez, quien en tal fase de su razonamiento resolutivo, simplemente a falta de claridad, falta de prueba, etc., debe rechazar la demanda. Si por vía de la medida para mejor resolver logra formar convicción o acredita un hecho no probado por las partes, lisa y llanamente está dejando de ser juez perdiendo su calidad de imparcialidad absoluta para, necesariamente, de ser positivo el resultado de la medida decretada, condenar al demandado.

Además, luego y a continuación se reconoce sin más el carácter neta y absolutamente arbitrario de estas medidas, agudizando la crítica a tal característica de éstas por la inequidad intrínseca que importa dicha arbitrariedad. Si quiere el juez la decreta. Si no quiere no la decreta. Así de simple.

SENTENCIA 9²⁴

Considerando:

8. *“Que dentro del mismo planteamiento, el recurso ataca el fallo fundado, en síntesis, en la circunstancia de ordenar seguir la ejecución en virtud de una obligación que determina y liquida un peritaje evacuado como medida para mejor resolver y no con el mérito del título en que ella consta, resultando así una obligación distinta de la que motiva la ejecución, y debió recurrirse al peritaje, precisamente, porque el título no contenía los datos que permitieran la liquidación, lo que evidencia que la que aparece en ese documento no es efectiva y tampoco lo es la que expresa en la demanda”.*

²⁴ Revista Fallos del Mes N° 154, año XIII, pág. 208.

Sentencia acoge Casación de Fondo, 16 de Septiembre de 1971.

Rol 9260 “Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional con Cía. Minera Atacama Ltda., Ejecución.

Ministros sentenciadores señores: Ramiro Méndez, Eduardo Varas, José M. Eyzaguirre, Ricardo Martín, Juan Pomés, Darío Benavente, Jorge Barceló.

13. *“Que resulta evidente, en consecuencia, que la cantidad que el fallo ordena perseguir ejecutivamente es distinta de la que consta del título; se obtiene de un informe pericial decretado como medida para mejor resolver, y para determinarla, el perito requiere de antecedentes que el título no menciona y son acompañados al proceso por los interesados en la ejecución, con posterioridad a la traba de la litis”.*

Doctrina:

“El peritaje- decretado, en el caso de autos, como medida para mejor resolver- al cual se ha conformado la sentencia en su decisión, ha cambiado el monto de la obligación a otro distinto del que consta en el título, y con su mérito se hace exigible una cantidad obtenida, no con los datos que el título suministra, sino con los elementos proporcionados con antecedentes que el documento no menciona”.

Conclusión:

La procedencia de un peritaje decretado como medida para mejor resolver que concluye, en juicio ejecutivo, en monto distinto al que consta en el título fundamento de la ejecución —más aún basándose en antecedentes probatorios ajenos a dicho título— lesiona el carácter abstracto de todo título ejecutivo y, de paso, afecta el mérito probatorio al punto de alterar por vía de antecedentes anexos el monto de la obligación demandada. Con lo cual, ya no sólo estas medidas pueden complementar o subsanar una prueba rendida insuficientemente o simplemente no rendida sino que además pueden afectar el mérito obligacional de lo demandado con antecedentes propuestos con posterioridad a la traba de la litis, extendiéndose el sentido de estas medidas incluso a un aspecto ajeno al regulado legislativamente en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil.

SENTENCIA 10²⁵

Considerando:

“3) Que la Corte de Apelaciones, conociendo del aludido recurso, a fs. 82, ordenó como medida para mejor resolver, que se remitieran los autos a primera instancia con el objeto de que el Juez a-quo reciba la causa a prueba por el término establecido por la ley para los incidentes, sobre el hecho que la propia Corte fijó, y dispuso que, una vez hecho lo ordenado, se elevaran nuevamente los autos para resolver”.

“4) Que el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil permite decretar, en forma directa, como medidas para mejor resolver las que señala taxativamente”.

“5) Que, por consiguiente, el precepto referido no autoriza para disponer que los autos sean devueltos a primera instancia a fin de que se abra un término probatorio para que las partes rindan cualesquiera pruebas, en un incidente que ya superó el estado

²⁵ Revista Fallos del Mes N° 211, año XVIII, pág. 119.

24 de Junio de 1976. Rol 9784 “Horacio Walker Concha”. Recurso de Queja.

Ministros sentenciadores señores: Eduardo Ortiz, Octavio Ramírez, Marcos Aburto, Estanislao Zúñiga, Julio Fabres.

que contempla el artículo 90 del citado Código, pues esta incidencia se encuentra fallada por el Juez de la causa y aquella resolución está apelada”.

“6) Que la Corte de Apelaciones, al actuar como ha quedado expresado, ha alterado la tramitación normal de la incidencia promovida a fs. 33 por el Sr. W., con lo que ha incurrido en una falta que agravia al recurrente la que debe ser corregida por la vía disciplinaria”.

Doctrina:

“El artículo 159 del Código de Procedimiento Civil permite decretar, en forma directa, como medidas para mejor resolver las que señala taxativamente.-

Por consiguiente, dicho precepto no autoriza para disponer que los autos sean devueltos a primera instancia a fin de que se abra un término probatorio para que las partes rindan cualesquiera pruebas, en un incidente que ya superó el estado que contempla el artículo 90 del citado Código”.

Conclusión:

Esta jurisprudencia limita concretamente la procedencia de las medidas para mejor resolver sólo a las establecidas taxativamente en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, no pudiendo extenderse a otras pruebas o diligencias.

SENTENCIA 11²⁶

Considerando:

“1) Que, de acuerdo con el texto del inciso primero del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, los tribunales tienen una facultad que pueden ejercer de oficio, cuando lo estimen necesario, para la resolución del litigio”.

“2) Que, en este caso, dada la naturaleza de uno de los fundamentos de hecho de la acción, el informe pericial constituye una prueba necesaria para la acertada resolución del negocio”.

“3) Que los jueces recurridos, al revocar la resolución que ordenaba como medida para mejor resolver el informe de peritos, han establecido una limitación o restricción de la facultad referida no contemplada en el precepto citado en el fundamento primero, haciendo con ello un mal uso de sus atribuciones y ocasionándole un perjuicio a la recurrente que debe ser enmendado por esta vía”.

Doctrina:

“Los jueces recurridos al revocar la resolución que ordenaba como medida para mejor resolver el informe de peritos, han establecido una limitación o restricción a la fa-

²⁶ Revista Fallos del Mes N° 248, año XXI, pág. 178.

5 de Julio de 1979. Rol 2920 María Reyes viuda de Zaror. Recurso de Queja. Civil.

Ministros sentenciadores señores: José M. Eyzaguirre, Luis Maldonado, Octavio Ramírez, Marcos Aburto, Estanislao Zúñiga.

cultad que el inciso primero del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil da a los tribunales, que pueden ejercer de oficio, para la resolución del litigio”.

Conclusión:

Esta jurisprudencia reconoce uno de los mayores inconvenientes que presentan estas medidas, cual es su carácter facultativo —*cuando lo estimen necesario*— dejando su procedencia al arbitrio exclusivo del juez, sin establecer algún parámetro objetivo de procedencia o de improcedencia, lo cual lleva necesariamente a la incerteza jurídica.

En su considerando número dos, apoya a la tesis sustentada en esta investigación, en cuanto estas medidas probatorias son de interés de la acción del demandante, rompiéndose la imparcialidad del juez al decretarlas, por cuanto a falta de convicción probatoria y en base al principio de inocencia ya tantas veces mencionado, debió rechazar la demanda y no completar una prueba suficiente y necesaria para condenar.

Finalmente, reitera esta jurisprudencia el carácter facultativo y arbitrario de estas medidas en forma tal que procede informe de peritos, en este caso, aunque dicha prueba no se haya solicitado oportunamente por el actor.

Los jueces de Alzada habían revocado esta medida, pero la Corte Suprema resolvió en definitiva que decretada en primera instancia, aunque se trate de prueba nueva o no rendida, no corresponde impedirla, descartando limitaciones de procedencia y erigiéndose como una interpretación literal de la norma de carácter absolutista. El artículo 159 del Código de Procedimiento Civil contempla como medida para mejor resolver tales pruebas e independiente de que se hayan solicitado y rendido en el probatorio respectivo; simplemente proceden al arbitrio del sentenciador de primera instancia.

SENTENCIA 12²⁷

Considerando:

“1) Que las medidas para mejor resolver, según aparece de la lectura atenta de los artículos 159 del Código de Procedimiento Civil y 29 del Decreto Ley 3.648, de

²⁷ Revista de Derecho, Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo 81, Sección 3º, pág. 33.

Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda. 22 de Marzo de 1984. Apelación.

Ministros sentenciadores señores: Aquiles Rojas, Germán Hermsilla, Fernando Fueyo.

1981, son aquellas diligencias precisas y determinadas que el juez considera necesarias para un mejor acierto del fallo. No es posible, en consecuencia, utilizarlas para revivir el período de prueba, ya concluido, decretándolas en forma tan amplia y genérica como se hace en la resolución impugnada, que a su amparo la parte favorecida con ellas podría ofrecer y rendir nuevamente toda clase de pruebas”.

“2) Que, por otra parte, debe señalarse que atentaría contra la naturaleza y objetivos de estas medidas, disponerlas como lo hizo la juez recurrida en forma que se otorgue a una de las partes, en desmedro de la otra, una nueva oportunidad para que produzca la prueba que no rindió en la etapa procesal respectiva, lo que implicaría, además, romper el principio de la igualdad de los litigantes dentro de un proceso laboral”.

“3) Que de acuerdo con lo expresado ha de decidirse que la juez recurrida, al disponer las medidas para mejor resolver impugnadas en la forma que lo hizo, ha incurrido en falta o abuso que debe ser enmendado por esta vía”.

Doctrina:

Lo mismo que en el considerando.

Conclusión:

Esta sentencia precisa una importante limitación, como lo es la imposibilidad que a través de estas medidas se pueda revivir pruebas no rendidas en el período probatorio.

Sin embargo tal fundamento, amparado exclusivamente en que no pueden decretarse estas medidas en forma amplia y genérica, no da respuesta adecuada a la definición del límite de amplitud que, en su razonamiento, esta sentencia tolera.

En todo caso resuelve derechamente la imposibilidad de que se rinda prueba nueva, reconociendo que ello rompe el principio de igualdad, lo que constituye un avance importante y coincidente con parte de la tesis de esta investigación.

SENTENCIA 13²⁸

Considerando:

²⁸ Revista Fallos del Mes N° 305, año XXVI, pág. 84.

Rol 17639 Luis Ubilla G. y otro. Apelación. Queja. Civil. 11 de Abril de 1984.

Ministros sentenciadores señores: L. Maldonado, O. Erbetta, A. Meersohn, C. Letelier, R. Rencoret.

“2) Que, si bien el artículo 20 de la indicada ley preceptúa que el juez podrá decretar, como medidas para mejor resolver, dentro del plazo más breve, todas las diligencias que estime convenientes, dicha facultad está relacionada solamente con el procedimiento establecido en el artículo 16 de la ley, como expresamente lo establece la misma norma, y que se refiere a las denuncias formuladas por los funcionarios a que se alude en la disposición antes indicada, y no al caso de la demanda, denuncia o quejella presentada por los particulares, como es el que corresponde al juicio que motiva la queja”.

“4) Que, en consecuencia, el Juez de Policía Local recurrido no pudo- en el proceso traído a la vista- decretar como medida para mejor resolver la citación a testigos que una de las partes individualizó en la correspondiente lista y no declararon en el comparendo fijado al efecto, por manera que al proceder en forma diversa, dicho juez incurrió en falta que es menester corregir por la vía disciplinaria”.

Doctrina:

Lo mismo que el considerando.

Conclusión:

A propósito de una disposición normativa procedimental, reconoce esta sentencia que no proceden estas medidas para citar a testigos que no declararon oportunamente en el juicio.

SENTENCIA 14²⁹

Considerando:

“4) Que los expedientes ordenados traer para entrar al conocimiento del recurso de apelación, lo fueron como una medida para mejor resolver que, conforme lo dispuesto por el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, son facultativas de los tribunales, no estando éstos obligados a hacer explícitamente un análisis de ellas en el correspondiente fallo, al contrario de lo que ocurre con las pruebas producidas por las partes, sino que les servirán para ilustrar su criterio en aquello que las consideren vinculadas a la materia discutida en autos”.

Doctrina:

Lo mismo que en considerando.

Conclusión:

Esta sentencia concluye que las medidas decretadas y ejecutadas, al ser facultativas, no es necesario analizarlas en la sentencia, pues sólo han tenido por propósito ilustrar el criterio del sentenciador.

²⁹ Revista de Derecho, Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo 81, Sección 1º, pág. 142.

Recurso de Casación en la Forma y en el Fondo. 17 de Septiembre de 1984.

Ministros sentenciadores señores: Enrique Correa, Emilio Ulloa, Marcos Aburto, Luis Causiño, Eduardo Urzúa.

SENTENCIA 15³⁰

Considerando:

“Segundo: Que los fundamentos de la queja se hacen consistir en que los Ministros y jueces contra quienes se dirige, incurrieron en faltas al conocer de juicios y asuntos en que las partes y los interesados utilizaron procedimientos simulados, sin que ellos, por su parte, adoptaran las medidas aconsejables para descubrirlos e impedir que tales procedimientos y los fallos consecuentes asumieran carácter de legitimidad”.

“Noveno: Que hay evidencia en el sentido de que don Carlos Podlech Michaud y don Carlos Podlech García, con ocasión de deudas impagas para con algunas instituciones de crédito, estaban siendo ejecutados en varios tribunales que habían decretado embargos y prohibiciones sobre los fundos “El Mimbre”, “San Sebastián” y “San Alfredo” y que para eludir los resultados de esas ejecuciones se promovió el juicio arbitral para liquidar la sociedad conyugal habida en el matrimonio Podlech- García”.

“Décimo: Que con el mérito de la sentencia arbitral se generaron los hechos y consecuencias contenidos en los numerandos del considerando tercero”.

“Undécimo: Que de lo que se ha expuesto surge- inequívocamente- que las conductas reseñadas, en su conjunto, entrañan una confabulación entre don Carlos Podlech Michaud; doña María Teresa García y don Carlos Podlech García, destinada a frustrar la acción de los tribunales de justicia para lesionar los derechos e intereses de sus acreedores”.

“Duodécimo: Que en las condiciones dichas procede analizar el comportamiento de los magistrados recurridos en el enjuiciamiento y resolución de los planteamientos formulados y a que se ha aludido, en lo que les concierne”.

“Vigésimo tercero: Que la pasividad establecida por la ley en las contiendas adscritas a la jurisdicción del orden civil no es absoluta, pues, el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil es explícito cuando estatuye que, puesto en estado de sentencia un proceso, los tribunales para mejor resolver pueden ordenar de oficio, alguna o algunas de las medidas que enumera”.

“Vigésimo cuarto: Que después de lo dicho procede determinar si en la especie era o no aconsejable la adopción de alguna medida previa a la dictación del fallo”.

“Vigésimo quinto: Que las características que rodearon el juicio sumario ya descrito y en el que recayó la sentencia expedida por los jueces recurridos los colocaba frente a la necesidad ineludible de ejercitar la facultad, desconocida erróneamente por ellos, y disponer la práctica de las diligencias que les permitieran desentrañar la confabulación tramada por los litigantes del recordado juicio sumario que constituía una etapa consecuente del juicio arbitral que ya se ha examinado”.

“Vigésimo sexto: Que puntualizando lo que se acaba de expresar, en resguardo de la recta administración de Justicia, los Ministros recurridos estuvieron en la obligación de cerciorarse, en uso de sus facultades, de la simulación del juicio promovido por don Carlos Podlech Michaud, a través de las medidas para mejor resolver: traer a la vista el expediente particional del que se hizo arrancar la acción deducida, como también

³⁰ Revista Fallos del Mes N° 342, año XXIX, pág. 181.

20 de Mayo de 1987. Rol PR 3304 Bco. Hipotecario de Fomento Nacional. Queja Administrativa.

Ministros sentenciadores señores: Rafael Retamal, José M. Eyzaguirre, Israel Bórquez, Luis Maldonado, Octavio Ramírez, Víctor M. Rivas, Enrique Correa, Osvaldo Erbeta, Emilio Ulloa, Marcos Aburto, Estanislao Zúñiga, Carlos Letelier, Servando Jordán, Enrique Zurita.

la de pedir al Conservador de Bienes Raíces de Lautaro informe acerca de la situación jurídica del fundo “El Mimbre”, que en su inscripción de fojas 151 vuelta N° 134, del Registro de Propiedades de 1978, tenía anotada al margen la ratificación hecha por Podlech Michaud, en escritura pública de 10 de Agosto de ese año; o la agregación de un certificado de gravámenes y prohibiciones, en el que habrían aparecido las hipotecas que gravaban al fundo y los embargos y prohibiciones que lo afectaban; todo lo cual habría evitado la dictación de un fallo que vulnerara los embargos decretados por diversos tribunales con el consiguiente perjuicio para los acreedores cuyas acciones resguardaban los embargos”.

“Vigésimo séptimo: Que de lo señalado se desprende que los ministros señores Castro, González y Meynet incurrieron en falta al dictar la sentencia a que se ha venido haciendo referencia con inexplicable negligencia al no hacer uso de las medidas que claramente surgían del mérito del proceso sometido a su decisión, permitiendo con esa conducta proveer de legalidad a un procedimiento que sería simulado con los efectos preseñalados”.

“Acordada contra el voto del Presidente señor Retamal y de los Ministros señores Ramírez, Correa y Ulloa, quienes estuvieron por declarar inadmisibile la queja deducida.

Tuvieron presente para ello:

1.- Que los recurrentes no han sido partes en las gestiones en que se pretenden las nulidades materia de la queja y los defectos que se atribuyen a los actos procesales que precedieron a las respectivas resoluciones o gestiones habrían sido relativos no a las partes, sino a los terceros recurrentes que no han sido tenidos como tales y sólo aparecen interviniendo al deducir la queja;

2.- Que este modo de actuar es contrario a todas las normas procesales vigentes porque ataca por medio de una queja disciplinaria decisiones que sólo pueden serlo por medio del recurso de queja, u otros recursos ordinarios, dentro de los plazos legales por la parte perjudicada”.

Doctrina:

“La pasividad establecida por la ley para las contiendas adscritas a la jurisdicción del orden civil no es absoluta, pues el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil es explícito cuando estatuye que, puesto en estado de sentencia un proceso, los tribunales para mejor resolver pueden ordenar de oficio, alguna o algunas de las medidas que enumera.

En el caso, las características que rodearon al juicio, colocaban a los jueces recurridos frente a la necesidad ineludible de ejercitar dicha facultad y disponer la práctica de diligencias, que el fallo determina, que les permitieran desentrañar la confabulación tramada por los litigantes, que la sentencia que acoge la queja disciplinaria, detalladamente describe”.

Conclusión:

A propósito de lo que los sentenciadores califican como “...una confabulación... destinada a frustrar la acción de los Tribunales de Justicia para lesionar los derechos e intereses de sus acreedores” —es decir, una verdadera “estafa procesal”— esta sentencia, en pos de tal justificación —loable por cierto, pero ajeno a la regulación normativa de estas medidas— llega a concluir que en este caso es ineludible que decretaran medidas para mejor resolver pues la pasividad en materia de juicios civiles no es absoluta, imponiéndoles el deber a dichos jueces de hacer uso de las medidas para mejor

resolver para desentrañar tal *confabulación*, elevando a obligación esta facultad y calificándola de inexplicable negligencia el no hacer uso de estas medidas.

Este fallo es del pleno de la Corte Suprema con voto disidente de su Presidente y tres ministros, quienes estuvieron por declarar inadmisibile la Queja deducida, vía procesal por la que se resolvió de la manera antes dicha.

Esta sentencia me merece dos comentarios: loable, en cuanto pretende desbaratar lo que se considera fraude a los acreedores. Contraria a la normativa legal, por cuanto estas medidas son facultativas y no una obligación, amén de que al Juez Civil no le corresponde desentrañar eventuales ilícitos penales; ellos deben investigarse y resolverse en sede penal y en ésta tomarse las medidas de protección necesarias para ir a favor de las víctimas personal o patrimonialmente hablando.

Sin duda esta sentencia excepcional, dejando de lado toda la doctrina, jurisprudencia y texto de ley, se inspiró en un sentido de justicia para el caso concreto, pero ello científicamente es considerable, a lo menos, riesgoso para la estabilidad y uniformidad de los criterios judiciales y que considero sensibles en un sistema normativo, tanto en lo procedimental como en lo de valoración probatoria.

Finalmente, esta sentencia excepciona el carácter facultativo que se reconoce a estas medidas, como lo indica la sentencia próxima.

SENTENCIA 16³¹

Considerando:

“2) En estas circunstancias, la parte ejecutante solicitó a fs. 133 informe de peritos contable o auditor para que examine la documentación y pueda establecer si los impuestos respectivos fueron pagados, monto, fecha y antecedentes que lo respaldan, por estimar que se encuentra en la situación prevista en el artículo 411 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, debiendo revisar toda la documentación pertinente en el Banco de Santiago”.

“3) Un estudio atento del escrito a fojas 133 revela sin ningún género de dudas que lo que pretende el actor es en verdad acreditar los puntos referidos anteriormente, una vez terminada la tramitación normal del proceso; es decir, fuera de la oportunidad que la ley le confiere para tal efecto, en circunstancias que aquí sólo cabía que el Juez de oficio y no a petición de parte decretara esa medida para mejor resolver, si así lo estimara del caso, pero dando conocimiento de ello a las partes, de acuerdo con las facultades privativas que sobre el particular le confiere el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil y sobre los hechos o puntos fijados por él mismo y no por las partes; el

³¹ Revista Fallos del Mes N° 343, año XXIX, pág.285.

24 de Junio de 1987. Rol 10.377 Alcaíno Silva, Sara. Apelación de Queja Civil.

Ministros sentenciadores señores: Marcos Aburto, Estanislao Zúñiga, Carlos Letelier, Juan Colombo, Cecil Chellew.

Juez de primera instancia es soberano en cuanto a la apreciación de la necesidad de efectuar dicha prueba, pero las partes pueden reclamar contra la resolución mediante el recurso de apelación ante el tribunal de segunda instancia, caso en el cual es este tribunal el que pasa a apreciar en forma soberana privativa la necesidad de decretar dicha prueba para mejor resolver”.

“4) Que, en consecuencia, al decidir la Jueza recurrida sin más trámite a fojas 134, citar a un comparendo para la designación de perito, en las condiciones ya señaladas, ha incurrido en falta que es preciso enmendar por la vía del presente recurso”.

Doctrina:

“El Juez de oficio, si lo estimó del caso, pudo decretar la medida del informe de peritos para mejor resolver, conforme al artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, sobre hechos o puntos fijados por él y no por las partes”.

Conclusión:

Esta sentencia, por disposición de la ley (art. 159), reconoce que estas medidas constituyen una *facultad privativa* de los sentenciadores, razón por la cual no se puede entender su razonamiento que varía tales características a *obligación*.

También este fallo establece que sólo el juez las puede decretar de oficio, y en forma alguna puede rendir prueba fuera de la oportunidad legal correspondiente.

SENTENCIA 17³²

Considerando:

“2) Que si bien es cierto que el artículo 16 de la Ley Nº 18.287- que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local-, faculta al Juez para decretar en todos los asuntos de que conozca durante el transcurso del proceso las diligencias probatorias que estime pertinentes, no es menos efectivo que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 7 de la misma ley, el Juez “fijará día y hora para la celebración de una audiencia de contestación y prueba, a la que las partes deberán concurrir con todos sus medios de prueba y que se celebrará con las partes que asistan”. Por otra parte, el artículo 12 del mismo texto legal señala que “cuando las partes quieran rendir prueba testimonial, deberán indicar el nombre, profesión u oficio y residencia de los testigos en una lista que entregarán en la secretaría y se agregará al proceso, por lo menos, antes de las 12 del día hábil que precede al designado para la audiencia”, agregando tal disposición que “no se examinarán testigos no incluidos en tales listas, salvo acuerdo expreso de las partes”.

“4) Que de todo lo que se ha venido exponiendo, aparece de manifiesto que, encontrándose en estado de sentencia la causa tenida a la vista, no era procedente acceder el Juez a decretar la medida para mejor resolver de que se viene tratando no sólo porque la prueba testimonial debía rendirse en la audiencia especial contemplada por la ley en los procedimientos de esta clase de juicios, sino también porque en la es-

³² Revista Fallos del Mes Nº347, pág.668.

6 de Octubre de 1987. Rol 10825 Osorio Jarpa, J. Manuel. Apelación de Queja. Civil.

Ministros sentenciadores señores: Marcos Aburto, Estanislao Zúñiga, Carlos Letelier, Juan Colombo, Cecil Chellew.

pecie se trataba de un testigo que no había declarado con anterioridad en la causa y no podía ser llamado entonces para que declarara o explicara dichos oscuros o contradictorios, único caso en que el expresado artículo 159 del Código de Procedimiento Civil autoriza la comparecencia de testigos en el estado del proceso en que se hallaba el que se tiene a la vista”.

Doctrina:

Lo mismo que el considerando.

Conclusión:

Esta sentencia limita las medidas testimoniales a aquellos que hubiesen ya rendido su declaración en el proceso, y siempre que el juez lo decrete de oficio, respetando el tenor literal del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil.

SENTENCIA 18³³

Considerando:

“b) Con fecha primero de Julio, para mejor acierto del fallo se decretó agregar copia de una resolución, de la minuta y plano que esa resolución señala”.

“c) Que se acompañó a la causa la copia de plano y minuta que se rolan a fs. 93 y 94. Ello ocurre el 17 de Julio de 1991”.

“d) Que con fecha 23 de Julio pasado, el letrado de la parte demandada pide se tengan por no decretadas las medidas para mejor acierto, no cumplidas y se dicte sentencia sin más trámite.

Esta presentación fue denegada de plano”.

“e) Con fecha 25 de Julio (fs. 97) el juez, de oficio abre un término especial de prueba por ocho días, para establecer la existencia de la resolución de fecha 3 de Junio de 1985”.

“2º Que de conformidad a lo que dispone el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas.

La resolución que se dicte deberá ser notificada por el estado diario a las partes. Las medidas decretadas deberán cumplirse dentro del plazo de 20 días contados de la fecha de notificación que las decretó. Vencido este plazo las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia sin más trámite.

³³ Gaceta Jurídica N°136, año 1991, pág.79.

Rol 790-91. Materia civil, Corte de Apelaciones de Concepción. 27 de septiembre de 1991.

La misma disposición agrega que si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia podrá el tribunal abrir un término especial de prueba no superior a 8 días que será improrrogable, etc”.

“3º Que de la exposición de los hechos, precedente, se desprende que el 02 de Julio había expirado el plazo de 20 días a que se refiere el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, de modo que las medidas dispuestas, no cumplidas, se tendrán por no decretadas”.

“4º Que no es del caso aceptar que bajo el pretexto de tratarse de un hecho nuevo se abra un término especial de prueba toda vez que ya en la primera resolución que decretó medidas para mejor acierto, se mencionó la resolución de fecha 03 de Junio de 1985. No se trata, por consiguiente, de un hecho nuevo que deba esclarecerse, sino más bien otorgar a la contraparte una oportunidad más, lo que a la luz de la disposición citada no es admisible porque se trata, precisamente de una medida comprendida en la resolución de 01 de Julio, letra b) del considerando segundo que no se cumplió, por lo que cabe tener por no decretada la medida para mejor acierto en relación con la agregación de esa resolución (de 03 de Junio de 1985)”.

Doctrina:

“Conforme lo dispone el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán disponer medidas para mejor resolver. Las dictadas fuera de este plazo se tendrán por no decretadas. Es más, estas medidas deberán cumplirse dentro del plazo de 20 días contados de la fecha de la notificación que las decretó y sólo podrá el tribunal abrir un nuevo plazo de prueba de 8 días, si como consecuencia de las medidas precitadas, aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos.

En el caso de autos, no concurriendo este presupuesto, las medidas dispuestas y no cumplidas en el término de 20 días, se tendrán por no decretadas”.

Conclusión:

De acuerdo al texto legal del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, esta sentencia reconoce tanto la oportunidad en que deben decretarse estas medidas como el plazo para cumplirlas.

SENTENCIA 19³⁴

Considerando:

“Fluye de autos, y así también lo reconoce la recurrente, que el documento en cuestión se ordenó traer a la vista por los jueces de la causa, como medida para mejor resolver, por resolución de fojas 89, y una vez recibido, se proveyó “Al acuerdo”. No se trata entonces de un documento privado que haya presentado la demandante, de motu proprio, y antes de la vista de la causa, sino que se recabó por el tribunal, de oficio, en uso de la facultad conferida en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil”.

³⁴ Revista de Derecho, Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo 91, sección primera, pág.119.

Bco. de Chile con Salinas Duvauchele, Carlos. 6 de Diciembre de 1994. Casación en la Forma y en el Fondo.

Ministros sentenciadores señores: Arnoldo Toro, Oscar Carrasco, Guillermo Navas, Fernando Castro, Germán Vidal.

“6º) Que el referido artículo 159, en el número 1, de su inciso 1º, prescribe que el tribunal podrá traer a la vista, para mejor resolver, “cualquier documento que estime necesario para esclarecer el derecho de los litigantes”, sin que se requiera al agregarse a los autos, oír a las partes, como se desprende de su texto, el cual no contempla esta exigencia, lo que guarda concordancia con su inciso 3º, cuando dice “...y se aplicará el artículo 433”, el que, en su inciso 1º, señala que “Citadas las partes para oír sentencia, no se admitirán escritos ni pruebas de ninguna especie”, de lo cual cabe inferir que basta con una providencia cualquiera que lo anexe a la causa, a falta de una formalidad especial, de modo que los jueces de la instancia, al proveer “Al acuerdo”, se ajustaron estrictamente al contenido de la disposición en examen, no incurriendo, por tanto, en el vicio que se invoca”.

“21º) Que, por consiguiente, la supuesta infracción de las disposiciones que enumera y describe el recurso, al haberse dado el valor al documento privado corriente a fojas 86 a 91, que el tribunal ad quem ordenó agregar para mejor resolver, aun en el evento que se hubiera producido, no compromete la validez de la sentencia impugnada porque no influiría en absoluto en lo dispositivo del fallo, toda vez que la reprogramación del crédito hipotecario de que se trata no requería, por expreso mandato del artículo 2º de la Ley N° 18.365, de la anuencia del recurrente para que el título, así modificado, conservara la garantía de la hipoteca que se constituyó, por lo que también deberá rechazarse el recurso en esta parte”.

“22º) Que, por lo demás, la agregación del documento privado en cuestión se rige por el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, como dispone expresamente su inciso 1º, que trata esta medida en su numeral 1º, excluyendo, en su inciso 3º, el artículo 346 de dicho Código, a que alude el recurso, al establecer que se aplicará el artículo 433 del Código de Enjuiciamiento; en consecuencia, los jueces del fondo no han podido proveer que se acompañará a los autos en la forma que prescribe la norma desplazada, y menos aún, cuando no cabía admitir a las partes, luego de vista la causa, escritos ni pruebas de ningún género, y cuando tampoco procedía, de acuerdo a ella, tenerlo, en definitiva, por reconocido o mandado tener por reconocido, por lo que no se ha infringido dicho artículo al no aplicarse”.

Doctrina:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 159, N° 1 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil el tribunal puede traer a la vista para mejor resolver, cualquier documento que estime necesario para esclarecer el derecho de los litigantes, sin que se requiera, al agregarse a los autos, oír a las partes, como se desprende de su texto, el cual no contempla esta exigencia, lo que guarda concordancia con su inciso 3º. Basta con una providencia cualquiera que lo anexe a la causa, a falta de una formalidad especial, de manera que al proveerse “Al acuerdo”, se ajusta el tribunal a la disposición en examen, debiendo rechazarse el recurso de casación en la forma fundado en el N° 2 del artículo 800, en relación con el N° 9 del artículo 768, ambos del mismo Código”.

Conclusión:

Esta sentencia resuelve respecto de los instrumentos agregados al proceso como medidas para mejor resolver, que no requieren apercibimiento legal alguno y simplemente agregarse materialmente al proceso con una resolución que sólo así lo ordene, sin darle oportunidad de discusión a las partes, respecto de la autenticidad, integridad y pertinencia de tales instrumentos con relación al proceso.

SENTENCIA 20³⁵

Considerando:

“1) Que el inciso tercero del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, con la redacción que le diera la Ley 18.705, expresa: “La resolución que se dicte deberá ser notificada por el estado diario a las partes y se aplicará el artículo 433, salvo en lo estrictamente relacionado con dichas medidas.

Las medidas decretadas deberán cumplirse dentro de un plazo de veinte días, contados desde la fecha de la notificación de la resolución que las decrete.

Vencido este plazo, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia, sin más trámite”.

“2) Que de los antecedentes agregados al presente recurso aparece que fue confirmada la resolución del señor Juez del Primer Juzgado de Letras de Coquimbo que negara lugar a la solicitud de tener por no decretada la medida para mejor resolver dispuesta en la causa “Caro con Caro”, juicio ordinario Rol 49.906, no obstante haber transcurrido en exceso los 20 días a que se refiere la norma legal transcrita, aduciendo que dependía dicha diligencia de la iniciativa del tribunal y no de las partes y que la consideraban como estrictamente necesaria para un mejor acuerdo del fallo”.

“3) Que la Ley modificatoria del Código de Procedimiento Civil, en lo que se refiere a las medidas para mejor resolver, innovó básicamente en cuanto al plazo para dictarlas, en cuanto al plazo para su cumplimiento y en cuanto a los hechos nuevos y al término especial de prueba”.

“4) Que en lo que interesa al presente recurso, esto es, en lo relativo al plazo para su cumplimiento, el claro tenor literal del inciso antes transcrito, no permite en la especie sino concluir que, transcurrido el plazo a que éste se refiere, sin que la o las medidas para mejor resolver se hayan cumplido, se tendrán por no decretadas y el tribunal deberá dictar sentencia sin más trámite”.

Doctrina:

“Incorre en falta el tribunal que no tiene por no decretada la medida para mejor resolver que no se ha cumplido dentro del plazo de veinte días que establece el artículo 159 inciso 3° del Código de Procedimiento Civil”.

“Se recurrió de queja por la resolución de segunda instancia confirmatoria de la de primer grado, que negó lugar a la petición de tener por no decretada una medida para mejor resolver pendiente de cumplimiento no obstante haber transcurrido más de veinte días desde que fue ordenada.

Se hizo lugar al recurso de queja y se declaró que la medida para mejor resolver de que se trata se tenía por no decretada, considerando que el claro tenor literal del inciso tercero del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, con la redacción que le dio la ley 18.705, de 1988, no permite sino concluir que transcurrido el plazo de veinte días a que se refiere sin que la medida para mejor resolver se haya cumplido, se tendrá ella por no decretada y el tribunal deberá dictar sentencia sin más trámite. Al no resol-

³⁵ Revista Fallos del Mes N°439, pág.573.

21 de Junio de 1995. Rol 3834 Caro Lenoir, Miriam. Queja Civil. La Serena.

Ministros sentenciadores señores: Efrén Araya, Oscar Carrasco, Heliodoro Ortiz, Fernando Castro, Eugenio Velasco.

verlo así, los jueces recurridos incurrieron en falta o abuso susceptible de enmendarse por la vía de la queja”.

Conclusión:

Este fallo establece que transcurridos veinte días sin que se cumplan las medidas decretadas, se tendrán por no ordenadasdecretadas, a diferencia de lo resuelto por el tribunal *a quo* que entendió de su iniciativa y responsabilidad la ejecución de las mismas, dejando de lado la normativa del artículo 159 sobre tal respecto.

SENTENCIA 21³⁶

Considerando:

“2º) Que de la presentación efectuada a fojas 93, aparece que la parte ejecutada solicitó a la Corte de Apelaciones, que el documento que rola a fojas 91, se tuviera por acompañado como medida para mejor resolver”.

“3º) Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil los tribunales, si lo estiman pertinente, pueden decretar medidas para mejor resolver, en consecuencia siendo una facultad privativa de los sentenciadores no ha podido configurarse la causal de nulidad invocada, si la medida propuesta por una de las partes no se estimó necesaria para resolver el asunto sometido a la decisión del tribunal como ocurrió en el caso de autos al proveerse “a sus autos” al escrito por el cual la parte ejecutada solicitaba que se agregara un instrumento para mejor acierto del recurso interpuesto, lo que conduce, necesariamente, al rechazo del recurso”.

Doctrina:

“Siendo la dictación de medidas para mejor resolver facultad privativa de los jueces del fondo; si sólo disponen agregar a los autos documentos allegados por una parte con solicitud de tenerlos por acompañados en tal carácter es porque no estimaron necesaria esa medida propuesta”.

“Se dedujo recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia que confirmó la de primer grado, que rechazó las excepciones opuestas por el ejecutado. Sostiene el recurso que los sentenciadores de segunda instancia sólo ordenaron agregar a los autos determinados documentos acompañados en la alzada, aunque debieron tenerlos por acompañados con citación o bajo apercibimiento legal pertinente, por lo que sería nula la sentencia dictada con omisión de este trámite declarado esencial por la ley.

La Corte rechaza el recurso de casación en la forma, considerando que en la especie los documentos fueron acompañados en segunda instancia con petición de que se tuvieran “por acompañados como medida para mejor resolver”, y el tribunal sólo proveyó “a los autos”. Conforme al artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, la dictación de medidas para mejor resolver es facultad privativa del tribunal y, por consiguiente, la causal de nulidad invocada no ha podido configurarse si el tribunal no estimó necesaria para resolver el asunto la medida propuesta por una de las partes, como ocu-

³⁶ Revista Fallos del Mes N°444, pág.1645.

13 de Noviembre de 1995. Rol 31564 Bco. del Desarrollo. Casación en la Forma. Civil. Santiago.

Ministros sentenciadores señores: Servando Jordán, Efrén Araya, Oscar Carrasco, Fernando Castro, Eugenio Velasco.

rió en la especie al disponerse sólo que se agregaran a los autos los instrumentos que se había pedido tener por acompañados para mejor resolver”.

Conclusión:

También esta sentencia reconoce el carácter de facultad privativa de los sentenciadores el decretar o no estas medidas, sin que tenga trascendencia la solicitud que al efecto pueda hacer una de las partes por no ser de su iniciativa estas medidas.

SENTENCIA 22³⁷

Considerando:

“Que en lo principal de fs. 158 se ha deducido recurso de casación en la forma fundado en la causal del artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil, por estimar el recurrente que se ha faltado a un trámite o diligencia esencial, toda vez que el peritaje contable solicitado durante la tramitación de la causa, fue sólo otorgado por la Corte de Apelaciones como medida para mejor resolver, pero no se cumplieron las formalidades que establecen los artículos 409 y siguiente del Código de Procedimiento Civil en lo que dice relación con la designación del perito, al reconocimiento practicado por este y tampoco tuvo oportunidad de hacer observaciones al peritaje evacuado”.

“Que tal como lo señala el recurrente el peritaje contable fue decretado como medida para mejor resolver, de modo que no era obligatorio el procedimiento que el recurrente echa de menos, de manera que en este caso no se han dado ninguna de las omisiones que se señalan, de modo que lo alegado no tiene ninguna influencia en lo dispositivo del fallo, lo que amerita la inadmisibilidad del mismo”.

Doctrina:

“Respecto de un informe de perito decretado como medida para mejor resolver, no son obligatorias las formalidades de los artículos 409 y siguientes del Código de Procedimiento Civil”.

Conclusión:

Esta sentencia en el fondo reconoce que, decretada una prueba como medida para mejor resolver, las formalidades habilitantes para rendirla pueden alterarse e incluso omitirse.

³⁷ Revista Fallos del Mes N° 444, pág. 1653.

14 de Noviembre de 1995. Rol 32947 Bco, Santander Chile. Casación en la Forma Civil.

Ministros sentenciadores señores: Efrén Araya, Oscar Carrasco, Eleodoro Ortiz, Fernando Castro, José Fernández.

SENTENCIA 23³⁸

Considerando:

“1) Que en conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, que establece y reglamenta las medidas para mejor resolver, “las medidas decretadas deberán cumplirse dentro del plazo de 20 días, contados de la fecha de la notificación de la resolución que las decreta”, precepto que agrega que, “vencido este plazo, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el Tribunal procederá a dictar sentencia, sin más trámite”

“2) Que, a su vez, y según lo dispuesto en el inciso final del mismo artículo, “las providencias que se decreten en conformidad al presente artículo serán inapelables”, salvo las que se dicte el Tribunal de primera instancia en los casos precisos y taxativos que allí mismo se señalan, en los que la apelación se concederá en el solo efecto devolutivo”.

“3) Que de los antecedentes contenidos en este cuaderno no aparece en modo alguno que se esté en presencia de alguno de los casos en que excepcionalmente se concede apelación en la materia de la especie, de manera que sólo cabe aplicar la categoría regla general ya antes mencionada, en cuanto a que la providencia dictada en el proceso en que incide el recurso, recaída en la solicitud del interesado, de que se dejen sin efecto las medidas para mejor resolver fueron dispuestas en esa causa, no admite el recurso de apelación en ninguna de sus formas”.

“Por estas consideraciones, y atendido el mérito del informe de fs. 7, y lo dispuesto en los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de hecho deducido en lo principal de fs. 2, en representación de Zublin Chile Ingeniería y Construcciones.

Acordada después de haberse desechado proposición del Ministro señor Villarroel, quien estuvo por ordenar que se trajeran a la vista los autos originales en que incide el recurso, como medida para mejor resolver”.

Doctrina:

“La providencia recaída en la solicitud del interesado de que se dejen sin efecto las medidas para mejor resolver dispuestas en la causa, no es susceptible de apelación, conforme a la regla general del artículo 159, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil”.

Conclusión:

Esta sentencia solamente reconoce la apelabilidad de las resoluciones que en la norma del artículo 159 se indican, y cualquiera otra es inapelable por disposición legal del artículo antes mencionado.

³⁸ Gaceta Jurídica N°197, año 1996, pág.86.

8 de Noviembre de 1996. Rol 5710-96. Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso de Hecho. Zublin Chile Ingeniería y Cía. Ltda. con Juez del 20º Juzgado Civil.

Ministros sentenciadores señores: Cornelio Villarroel, Joaquín Billard, Diego Guzmán.

2. ANEXO DE JURISPRUDENCIA

A continuación expongo los antecedentes de 38 jurisprudencias en orden cronológico, y que tratan sobre las medidas para mejor resolver, excluyendo aquéllas que han sido comentadas precedentemente y hago una breve referencia a la materia de que tratan cada una de ellas. La relación de las mismas me permitirá comprobar las discrepancias de criterios existentes en cuanto a la procedencia, forma y oportunidad de estas medidas.

- 1) Corte de Apelaciones de Santiago 1903** (*Gaceta de los Tribunales, segundo semestre, 1903, sección civil, pág. 84*)

Materia Tratada: Las co-partes no pueden solicitar absolución de posiciones con respecto del otro, pero el tribunal lo puede así ordenar como medida para mejor resolver, pero obviamente, en este caso, será el tribunal el autor de las posiciones a confesar.

- 2) Corte de Apelaciones de Concepción 1905** (*Gaceta de los Tribunales, primer semestre, 1905, sección civil, pág. 1183*)

Materia Tratada: Citadas las partes para oír sentencia, sólo podrán decretarse las diligencias probatorias que se dicten como medidas para mejor resolver.

- 3) Corte de Apelaciones de Concepción 1906** (*Gaceta de los Tribunales, 1906, No. 7215, primer semestre, sección civil, pág. 345*)

Materia Tratada: La procedencia de la apelación sólo comprende respecto de los casos que específicamente regula el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil.

- 4) Corte de Apelaciones de Valdivia 1912** (*Gaceta de los Tribunales, 1912, No. 7938, segundo semestre, sección civil, pág. 991*)

Materia Tratada: La testimonial, como medida para mejor resolver, sólo procede cuando existan dichos oscuros o contradictorios y para explicarlos o subsanarlos, no para rectificarlos o variarlos.

5) Corte Suprema 1916 (*Gaceta de los Tribunales, segundo semestre, 1916, sección civil, pág.228*)

Materia Tratada: La ritualidad de los medios de prueba en particular, no son aplicables cuando se decretan como medidas para mejor resolver, como en el caso de los peritos.

6) Corte Suprema 1932 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXI, Nos, 1 y 2, 1934, sección primera, pág.67*)

Materia Tratada: El no decretar estas medidas, por ser facultativas, no da lugar al Recurso de Casación en la Forma.

7) Corte Suprema 1932 (*Gaceta de los Tribunales, segundo semestre, 1932, sección civil, pág.242*)

Materia Tratada: Estas medidas son privativas de los sentenciadores y las partes no pueden solicitarlas.

8) Corte Suprema 1933 (*Gaceta de los Tribunales, 1933, primer semestre, sección civil, pág.162*)

Materia Tratada: Esta sentencia establece que las medidas para mejor resolver, no escapan a la regla general en materia de prueba en orden al conocimiento que debe hacerse de éstas a las partes con la debida citación, adoptando una postura discrecional opuesta a otra sentencia, incluida en este acápite, estableciéndose jurisprudencia totalmente contradictoria sobre la materia.

9) Corte Suprema 1936 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXIII, Nos.5 y 6, 1936, sección primera, pág.255*)

Materia Tratada: Instrumentos acompañados como medidas para mejor resolver, con citación, deben tomarse en consideración para resolver lo pertinente a ellos, bajo sanción de nulidad.

10) Corte Suprema 1938 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVI, Nos.3 y 4, 1939, sección primera, pág.213*)

Materia Tratada: Estas medidas deben decretarse con conocimiento de las partes y tal omisión autoriza el Recurso de Casación en la Forma.

11) Corte Suprema 1939 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVIII, No.3 y 4, 1941, sección primera, pág.194*)

Materia Tratada: Estas medidas son facultativas del Tribunal y dependen sólo de que el sentenciador las considere necesarias para un fallo más acertado.

12) Corte Suprema 1942 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXIX, No. 9 y 10, 1942, sección primera, pág.507*)

Materia Tratada: Estas medidas tienden a salvar las omisiones en que las partes pueden incurrir, pero a través de ellas no se puede obligar a las partes a producir una prueba que no pueden, o no quieren rendir.

13) Corte Suprema 1947 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLV, Nos.1 y 2, 1948, sección primera, pág.57*)

Materia Tratada: El peritaje decretado como medida para mejor resolver, lo debe ser con conocimiento y no con citación.

14) Corte Suprema 1948 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLV, Nos.9 y 10, 1948, sección primera, pág.724*)

Materia Tratada: El objetivo legislativo de que los conflictos jurídicos se resuelvan acertadamente, permite a los jueces a través de estas medidas, obtener prueba que las partes no aportaron, completar la prueba rendida insuficientemente, esclarecer la defectuosa, etc.

15) Corte Suprema 1958 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LV, Nos. 3 y 4, 1958, sección primera, pág.76*)

Materia Tratada: Facultad discrecional del tribunal, los cuales sólo pueden decretarlas de oficio y no a petición de parte, lo que hace que su omisión no importe nulidad alguna por no ser trámites o diligencias esenciales del proceso.

16) Corte Suprema 1962 (*Revista Fallos del Mes, No. 45, Agosto de 1962, pág.170*)

Materia Tratada: Estas medidas forman parte del mérito del proceso y por lo tanto, constituyen antecedentes que el juez debe tener en cuenta al sentenciar.

17) Corte Suprema 1964 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1964, Tomo LXI N° 1 y 2, sección primera, pág.1*)

Materia Tratada: Las medidas para mejor resolver decretadas en segunda instancia, no interrumpen el plazo de prescripción de la apelación, debiendo la parte igualmente, instar para que la causa quede en estado de fallo.

18) Corte Suprema 1964 (*Revista Fallos del Mes, No.62, Enero de 1964, pág.306*)

Materia Tratada: Las medidas para mejor resolver deben ceñirse a lo dispuesto en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la procedencia taxativa de las allí reguladas.

19) Corte Suprema 1965 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXII, No.6, 1965, sección tercera, pág.81*)

Materia Tratada: En materia laboral, las medidas para mejor resolver pueden decretarse en cualquier momento y deben encaminarse a verificar los hechos controvertidos.

20) Corte Suprema 1965 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXII, No.4, 1965, sección tercera, pág.40*)

Materia Tratada: Por vía de las medidas para mejor resolver, no debe mejorarse la situación procesal de la parte que no cumplió oportunamente con un trámite procesal, subsanando dicha omisión.

21) Corte Suprema 1967 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXIV, No.3, 1967, sección tercera, pág.19*)

Materia Tratada: Es obligación del juez cumplir lo más pronto posible con las medidas para mejor resolver que decretó.

22) Corte Suprema 1967 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXIV, No.3, 1967, sección primera, pág.107*)

Materia Tratada: Decretadas las medidas para mejor resolver, corresponde al juez de oficio dictar las providencias necesarias para su cumplimiento, correspondiéndole la iniciativa y obligación de activar el proceso.

23) Corte Suprema 1968 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXV, No.10, 1968, sección tercera, pág.223*)

Materia Tratada: En materia laboral, el principio inquisitivo imperante hace que el juez pueda decretar las medidas para mejor resolver que estime convenientes y darles valor probatorio discrecional, pudiendo apartarse de la aplicación de las leyes generales de apreciación de la prueba.

24) Corte Suprema 1969 (*Revista Fallos del Mes, No.131, Octubre de 1969, pág.266*)

Materia Tratada: Esta sentencia reconoce las facultades del juez para decretar ampliamente medidas para mejor resolver. Sin embargo, en caso de que alguna prueba se haya omitido, no corresponde que por esta vía se mejore la situación procesal

del litigante negligente, en desmedro de su contraparte, ya que ello altera la regla procesal de igualdad de las partes y bilateralidad.

25) Corte Suprema 1970 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXVII, No.6, sección primera, pág.366*)

Materia Tratada: Estas medidas no configuran trámite o diligencias esenciales del juicio.

26) Corte Suprema 1971 (*Revista Fallos del Mes, No.151, Junio de 1971, pág.117*)

Materia Tratada: Se puede acceder a una petición de medida para mejor resolver con el objeto de fallar en forma acertada y con antecedentes.

27) Corte Suprema 1972 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXIX, No. 1 y 2, 1972, sección primera, pág.33*)

Materia Tratada: El tribunal de Alzada y a propósito de reclamaciones tributarias puede decretar como medida para mejor resolver, que se corrijan ciertos vicios de procedimiento o tramitación.

28) Corte Suprema 1977 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXIV, No. 1, año 1977, sección primera, pág.142*)

Materia Tratada: Facultad privativa del tribunal, reiterándose que el no decretarlas no es omisión de trámite esencial.

29) Corte de Apelaciones de Santiago 1979 (*Gaceta Jurídica, No. 22, año 1979, pág.19*)

Materia Tratada: Las medidas para mejor resolver no pueden favorecer a la parte que omitió rendir oportunamente la prueba que era de su carga y sólo lo puede ser para completar o adicionar la prueba rendida pero no para reemplazarla.

30) Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda 1985 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, No. 1, 1985, sección segunda, pág.33*)

Materia Tratada: En materia de alimentos, el juez puede a través de estas medidas ordenar la agregación de instrumentos en que se funde la demanda.

31) Corte Suprema 1987 (*Revista Fallos del Mes, No.345, Agosto de 1987, pág.470*)

Materia Tratada: En juicio hipotecario, el juez puede decretar estas medidas para disponer de mayores antecedentes que le permitan determinar un mínimo equitativo para la primera subasta.

32) Corte Suprema 1988 (*Gaceta Jurídica, No.93, 1988, pág.15*)

Materia Tratada: El plazo para decretar estas medidas se extingue a los 60 días hábiles de citadas las partes a oír sentencia. La prueba no rendida oportunamente no puede reconocerse por ésta vía.

33) Corte de Apelaciones de Valparaíso 1988 (*Gaceta Jurídica, No. 96, pág.43*)

Materia Tratada: Estas medidas tienen por objetivo el completar o esclarecer situaciones de hecho derivadas de la prueba rendida, siendo improcedente que por ellas se sustituya la prueba rendida.

En voto disidente, se pone de relieve que tales restricciones no emanan de la ley y que la tendencia moderna en materia procesal civil, sería el principio inquisitivo, en aras de una mayor justicia.

34) Corte de Apelaciones de Punta Arenas 1991 (*Gaceta Jurídica No. 135, año 1991, pág.80*)

Materia Tratada: La prueba decretada a consecuencia de una medida para mejor resolver, no es incidencia y la resolución que la recibe a prueba debe notificarse por cédula y no por el estado diario.

35) Corte Suprema 1991 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII, No. 1, 1991, sección primera, pág.14*)

Materia Tratada: Estas medidas dependen sólo del criterio del tribunal.

36) Corte de Apelaciones de Punta Arenas 1991 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII, No. 2, 1991, sección segunda, pág.52*)

Materia Tratada: Justificación de estas medidas, sería decidir con mayores antecedentes y en forma más justa y equitativa.

37) Corte Suprema 1991 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII, No. 3, 1991, sección primera, pág.91*)

Materia Tratada: De no verificarse la diligencia decretada dentro del plazo legal respectivo, debe tenerse por no decretada la medida y dictarse fallo.

38) Corte de Apelaciones de Concepción 1992 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX, No. 2, 1992, sección tercera, pág.167*)

Materia Tratada: En materia laboral, estas medidas tienen por objeto decretar diligencias dirigidas a comprobar los hechos controvertidos.

CAPITULO TERCERO

DOCTRINA SOBRE LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER

En esta parte de la investigación he decidido reproducir lo tratado por un número importante de connotados procesalistas, sobre las medidas para mejor resolver, permitiéndome efectuar un breve comentario sobre tales exposiciones.

JOSÉ V. ACOSTA³⁹

En relación con las facultades instructorias del juez (pág. 49 y ss)

1) “Las medidas para mejor proveer se basan en que sin dejar de responder a las exigencias fundamentales del principio dispositivo, el proceso no se desarrolle como un juego de ficciones librado a la habilidad ocasional de los litigantes” (*Cám. Civ. y Com. de San Isidro, sala II, 29-4-94, Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires, febrero de 1995, año 5, N°2, p.99*).

2) “Las medidas para mejor proveer son facultades que pueden usar los jueces, siempre que con ello no sustituyan la actividad de las partes en beneficio de una de ellas, por lo que el juez no debía disponer por esa vía que se realizasen pruebas a favor del derecho que invoca la accionante” (*Cám. Civil y Com. 1ª Nom. de Córdoba, 18-4-91, Rep. L.L. 1991-1134*).

3) “*Hechos*: Una de las partes desistió de la pericia caligráfica, ofrecida en dos oportunidades. Suponemos que el juez, como medida para mejor proveer, mandó practicar la diligencia desistida (y ello lo deducimos del fallo, pues su parquedad no nos permite otra cosa y no hemos tenido acceso a las actuaciones).

La Cámara revocó la resolución, fijando los límites a las facultades de establecer la verdad real de los hechos controvertidos.

Doctrina del fallo: El amplio marco de apreciación que en principio rodea a la exigencia de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (arts. 36, inc.2º, y cons., Cód. Proc. Nac.), en el supuesto de las denominadas “medidas para mejor proveer” se debe sujetar a ciertos límites en función a las particularidades de cada caso. De ahí que la queja – dijo el tribunal – debe tener favorable acogida, pues las circunstancias expuestas indican que el decisorio de grado es complementario de la carga que recae sobre los litigantes y de este modo no es congruente con el límite, que está dado por el hecho de que la producida por cualquiera de estos últimos no resulte suficientemente esclarecedora. (*Cám. Nac. Civ. sala G, 25-2-93, “Feroli, Héctor E. c/Brek, Victor, L. L. 1993-B-185*)

Con respecto a la impugnación del auto que decreta medidas para mejor proveer (pág.287 y ss)

No existe una reglamentación procesal expresa sobre el punto. En principio, las medidas para mejor proveer son irrecurribles, ya que entra en el ámbito de la discrecio-

³⁹ Acosta, José V.: *Visión jurisprudencial de la prueba civil*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires Argentina, 1996 Tomo I, pags. 49 y ss. y 287 y ss.

nalidad del juez determinar si necesita o no de una prueba adicional para formar convicción. Sin embargo, el principio de igualdad probatoria debe preservarse y, si la medida decretada tuviera como efecto remediar el desinterés de la parte o cubrir su negligencia, es apelable.

1) “No obstante, en virtud del principio dispositivo del ordenamiento procesal, sean las partes quienes con su iniciativa deben aportar las pruebas que hacen a la cuestión litigiosa, lo cierto es que la mayoría de los códigos procesales contienen una disposición idéntica a nuestro artículo 33, inciso 2º, previendo el ejercicio de facultades instructorias por el juez o tribunal cuando sea necesaria la complementación o integración de una prueba rendida en el proceso para engendrar su pleno convencimiento sobre la verdad de los hechos controvertidos. Y en ese orden tales medidas resultan irrecurribles” (*Cám. 2ª Civ. y Com. de Paraná, sala I, 31-5-94, Revista de Jurisprudencia Provincial de Buenos Aires y Entre Ríos, marzo de 1995, año 1, N°2, p.ER 65*)

2) “Resulta improcedente el recurso de apelación articulado contra la resolución que, haciendo uso de los deberes y facultades que los jueces poseen, dispuso ampliar las pruebas que conjunta o individualmente aportaron los litigantes con el fin de obtener – eventualmente – un mayor grado de conocimiento. Ello es así, pues para admitir la recurribilidad de tales medidas, es menester que se produzca un quebranto del principio de igualdad, afectando la garantía de defensa, o se ocasione grave perjuicio en los términos del artículo 242 de la ley del rito” (*Cám. Nac. Civ. sala G, 6-5-92, E. D. 148-388*)

3) “Si la medida para mejor proveer alteró la igualdad de las partes en el proceso supliendo una prueba de la contraria, resulta plenamente apelable” (*Cám. 1ª Civ. y Com. de La Plata, sala II, 16-7-92, causa 212.270*)

4) “Cuando la medida instructoria objetada al juez, no ha comprometido el derecho de defensa de los recurrentes o quebrantado la igualdad de las partes, no corresponde apartarse de la regla de la inapelabilidad de aquélla” (*Cám. Nac. Civ., sala G, 12-9-94, L. L. 1995-B-649*)

5) “Sostiene el tribunal que las notas de finalidad, libertad y espontaneidad inherentes a las medidas para mejor proveer quedarían gravemente resentidas si se pidiera cuentas a la Cámara por no haber acordado las diligencias probatorias pedidas o sugeridas. Ello así, porque es en beneficio de la conciencia del sentenciante que el Derecho Procesal permite la iniciativa judicial instructoria, y no en el de las partes, ya que éstas tienen sus cargas respecto de las pruebas.

Debe apreciarse, entonces, que el juez es libre de acordar o no medidas para mejor proveer. Se trata de un poder o de una facultad. Jamás de un deber, porque el deber del juez empieza donde terminan las cargas de los justiciables. Y en el proceso civil grava a las partes la carga de probar.

Resulta así del fallo que, si los jueces inferiores han considerado que podían proveer con las fuentes existentes en los autos, no existe precepto alguno que los obligue a aportar otras. Tales conclusiones, obviamente, no cierran la posibilidad de que sea el Superior Tribunal de la causa quien disponga oportunamente la medida de esclarecimiento, de estimarla conducente para la emanación justa del asunto. (*S. T. J. de Corrientes, 4-8-95, “Días Colodredo, Diógenes Ramón c/Bonastre, Valerio Numa s/Demanda por escrituración”, expte. 10.569*)”

Comentario:

La relación de sentencias que cita este autor constituye un excelente resumen acerca de la procedencia y requisito de admisibilidad de estas medidas probatorias, sin que con ella pueda dar por satisfecha la interrogante y tesis de esta investigación en cuanto a la vulneración del principio de imparcialidad del juez, tantas veces ya dicho.

En primer lugar se menciona que estas medidas no pueden sustituir la actividad probatoria de las partes, reconociéndose el carácter facultativo de ellas. También se menciona como exigencia justificativa de las mismas, la necesidad de esclarecer los hechos controvertidos. A continuación se indica que la discrecionalidad del juez para determinarlas no puede afectar “el principio de igualdad probatoria” que en sí “debe preservarse”, lo cual constituye una contradicción manifiesta en mi opinión, pues siempre estas medidas afectarán tal principio y más aún el de imparcialidad del juez, de lo cual concluyo que nunca será compatible dicha discrecionalidad o facultad probatoria con mantener incólumes tales derechos fundamentales, principios de todo sistema procesal civilizado, dentro de un Estado de Derecho.

Finalmente se menciona que si la medida decretada altera la igualdad de las partes, supliendo una prueba, ella debería no proceder, pero si el derecho de defensa no se ha comprometido o no se ha quebrantado la igualdad de las partes, las mismas son procedentes, sin visualizar en forma alguna que el sólo decretarlas quebranta o afecta el principio de igualdad probatoria y de imparcialidad del juez.

No existe en estas referencias jurisprudencia, mención o pronunciamiento concreto alguno acerca de la falta de imparcialidad objetiva que se produce al decretarse estas medidas por parte del sentenciador.

NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO⁴⁰

“Prueba anticipada y prueba retardada en el proceso español.

La iniciativa del juzgador en materia de pruebas es aún más restringida en el derecho español que en el italiano. Vemos así que a diferencia de lo que Carnelutti dice en el pasaje adicionado, nuestro juez no puede ordenar de oficio ni el reconocimiento judicial (cfr. arts. 633 y 636) ni el nombramiento de perito (cfr. arts. 611, 613-4 y 616) , salvo en casos excepcionales, aun cuando sí puede interrogar y examinar a los testigos y peritos propuestos por las partes (arts. 628 y 652). Pese a lo antes afirmado, el juez público puede ordenar la práctica *retardada* de pruebas conocida bajo el nombre de *providencias para mejor proveer* (arts. 340-2), que si bien son consecuencia obligada de nuestro deficientísimo sistema probatorio, tienen lugar en momento procesal poco adecuado y con frecuencia se utilizan al solo objeto de prolongar el plazo para dictar sentencia.

Destaquemos que según el artículo 28, apartado 3º, de la ley de justicia municipal, tales providencias pueden ser provocadas por instancia de parte. En otro sentido,

⁴⁰ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: *Estudios de Derecho Probatorio*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Concepción, Chile, 1965, pág.185 y 186.

los jueces privados o, mejor dicho, los árbitros (no los amigables componedores) pueden acordar el recibimiento a prueba, determinando los hechos a que deba contraerse, aunque ninguna de las partes lo haya solicitado (art. 809). Como es natural, esas restricciones o ampliaciones no afectan a los poderes del tribunal en cuanto a la admisión y apreciación de las pruebas, como tampoco a la decisión de las discrepancias que entre las partes surjan sobre su pertinencia y práctica.

Por razón del momento en que la asunción del testimonio de parte puede tener lugar, el artículo 579 de la ley de enjuiciamiento civil afirma que “desde que se reciba el pleito a prueba hasta la citación para la sentencia en primera instancia”; pero en realidad, puede prestarse antes, o sea como diligencia de prueba anticipada (aunque con finalidad restringida), después, es decir, como prueba retardada (mediante providencia para mejor proveer: art. 340 N°2), y, además en segunda instancia (art. 863, N°1)

La pericia ordenada de oficio es la excepción, y su manifestación más característica es la providencia para mejor proveer resultante de combinar los artículos 630 y 340, número 3°, si bien presenta los inconvenientes anejos al inoportuno momento procesal que tiene lugar. En algún caso, la designación del perito no la efectúan ni las partes ni el juez, sino terceros facultados por aquéllas, verbigracia: los contadores de las testamentarias”.

Comentario:

En su obra, este distinguido autor tampoco se pronuncia acerca de la conveniencia o inconveniencia de estas medidas y si ellas afectan o no algún principio básico del derecho procesal.

FERNANDO ALESSANDRI R.⁴¹

“Enumeración: Terminada la tramitación de un asunto y puesto el asunto en estado de sentencia, ya no se admiten escritos, pruebas ni alegaciones de ningún género.

Sin embargo, el tribunal, antes de fallar, puede decretar alguna de las medidas para mejor resolver, indicadas en el artículo 166:

“Puesto el proceso en estado de sentencia, podrán los tribunales para mejor resolver, ordenar de oficio, pero dando de ello conocimiento a las partes, alguna o algunas de las siguientes medidas:

1°. La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;

2°. La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados;

3°. La inspección personal del objeto de la cuestión;

4°. El informe de peritos;

⁴¹ Alessandri R., Fernando: *Curso de Derecho Procesal, reglas comunes a todo procedimiento y juicio ordinario*, Tercera edición, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940, pág.222 y 223.

5°. La comparecencia de testigos que hubieren declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios; y

6°. La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito.

En este último caso, no quedarán los autos presentados en poder del tribunal que decreta esta medida, sino el tiempo estrictamente necesario para su examen, no pudiendo exceder de ocho días este término si se tratare de autos pendientes”.

El tribunal, antes de resolver, puede tener la necesidad de que se esclarezca algún punto del proceso y, al efecto, ordenará alguna de estas medidas. Por ejemplo: “Agréguese tal escritura pública” (Nº 1º), o bien: “Tráigase el expediente tal” (Nº 6º), o bien puede recibir nuevas declaraciones de los testigos que declararon, para que aclaren sus dichos, etc.

Término de prueba destinado a esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia: “Si en la práctica de alguna de estas medidas apareciere de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término de prueba breve e improrrogable, limitado a los puntos que el mismo tribunal determine”.

Las providencias que ordenan medidas para mejor resolver son inapelables; excepciones: Las providencias que ordenen algunas de estas medidas para mejor resolver, son inapelables, salvo las que ordenan un informe de peritos y las que abren un término de prueba para esclarecer hechos motivados por la práctica de alguna de las medidas para mejor resolver, dictadas por un tribunal de primera instancia (artículo 166, inciso final). Para que estas resoluciones sean apelables, deben, pues, ser dictadas por un tribunal de primera instancia.

Es lógico que la resolución que ordene el informe de peritos sea apelable, porque este informe es de cargo de las partes; ellas pueden apelar para que no se efectúe innecesariamente una diligencia que las habrá de perjudicar pecuniariamente.

Comentario:

Expresa este conocido autor, que estas medidas pueden tener lugar por “la necesidad de que se esclarezca algún punto del proceso” pero en forma alguna se refiere a la vulneración del principio de imparcialidad del juez al decretar estas medidas, que es lo que sustenta esta investigación.

HUGO ALSINA⁴²

“Diligencias para mejor proveer:

a) La aplicación estricta de la regla según la cual el juez no debe proceder de oficio, reducirá su misión a confrontar los elementos de juicio por las partes y, en consecuencia, su convicción estaría formada exclusivamente sobre la base del material que éstas hayan podido o hayan querido aportar o, lo que es peor, se vería obligado a pronunciarse sin haber llegado a la convicción. Con ello quedaría desnaturalizada la fun-

⁴² Alsina, Hugo: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Segunda edición, Ediar editores, Buenos Aires, Argentina, 1957, Tomo segundo, pág.234 y ss.

ción judicial, cuyo verdadero contenido, o mejor dicho, lo único que interesa a la sociedad, es que su sentencia sea, en lo posible, la expresión de la verdad o de lo que él cree verdadero. Debe entonces tener facultades para investigar por sí mismo, no en un sentido inquisitorial, sino en la medida necesaria para completar su información o aclarar alguna situación dudosa. De ahí que, como excepción a la regla antes mencionada, el art. 57 del código de procedimientos autorice al juez, sea de primera o de segunda instancia, para ordenar de oficio algunas diligencias para mejor proveer, es decir, al sólo efecto de que el pronunciamiento sea la expresión de su convicción personal.

b) Por lo común esta materia se relaciona con la prueba, dentro de cuya teoría general se la ubica y, consecuencia de este error, es que no haya tenido en nuestra jurisprudencia el desarrollo que le corresponde, y que los jueces no hayan encontrado en este instrumento procesal todas las posibilidades que les hubiera permitido utilizar nuestro procedimiento. Desde luego la ubicación del texto legal entre las disposiciones comunes del código sería suficiente para indicar que sus reglas son de aplicación en toda clase de juicios, contenciosos o voluntarios, más aún, en cualquier supuesto en que se requiera un pronunciamiento judicial. Pero si a ello se agrega la circunstancia de que se trata de una excepción a la regla que prohíbe al juez proceder de oficio, resulta justificada la amplitud que siempre le atribuimos y la atención que le dedicamos en esta oportunidad.

c) El art. 57 enumera las diligencias que el juez puede ordenar de oficio, enumeración que debe considerarse taxativa, de tal manera que sólo pueden disponerse las que están expresamente autorizadas por el texto legal. Desde hace tiempo afirmábamos que hubiera sido preferible no entrar en detalles y autorizar al juez para practicar las diligencias que estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos alegados, con lo cual se ampliaría considerablemente su acción en el proceso, así lo ha hecho la ley 14.237, de reformas al código de procedimientos, en su art. 21, que examinaremos más adelante. Tal circunstancia parecería indicar que no existe ya razón para que nos ocupemos aquí de las disposiciones del art. 57; no obstante, vamos a ver, en primer lugar, que en nuestra opinión las facultades que la nueva disposición acuerda a los jueces deben ser ejercitadas con el mismo criterio, es decir, para mejor proveer, y por consiguiente rigen para ellas las mismas limitaciones que las establecidas para éstas; en segundo lugar esas medidas no pueden diligenciarse arbitrariamente, sino que deberán también conformarse a los principios vigentes para aquéllas. Por eso conservamos, aunque muy resumida, la doctrina y la jurisprudencia que exponíamos en nuestra anterior edición.

d) La procedencia de la medida depende exclusivamente del criterio judicial. Las partes no pueden hacer indicaciones al tribunal, ni aún tratándose del ministerio fiscal. Debe ser acto espontáneo y hasta debe el juez ignorar a quien va a favorecer. En esta materia debe el juez proceder con suma cautela, porque es indudable que una diligencia practicada en esas condiciones perjudica siempre un derecho que de otra manera se habría beneficiado con la instrucción defectuosa, y es necesario entonces que su imparcialidad no se comprometa, cuidando de que en ningún momento se le pueda atribuir la intención de suplir la prueba de alguna de las partes. Solamente la discreción y un atento estudio de las actuaciones pueden servir de norma en esta materia. La oportunidad para ordenar una medida de esta clase, dentro del mecanismo del código, es después del llamamiento de autos, porque sólo entonces el juez estudia la causa y puede apreciar la conveniencia de la diligencia, pero también ella puede ser necesaria para resolver cualquier situación en el curso del juicio y no habría razón para que el juez privado de ese medio para completar su información; por ello el art. 21 de la ley 14.237 le autoriza a disponerlo en cualquier estado del juicio.

La diligencia debe practicarse con intervención de las partes, desde que puedan éstas oponerse a su cumplimiento, sea porque se refiera a hechos que no han sido articulados por las partes, o porque la medida no estuviera permitida por la ley, etc. Es obvio entonces, que el auto que lo ordene debe ser notificado a los interesados y que no debe cumplimentarse mientras no esté consentido, puesto que es apelable.

e) Dicho lo que antecede, vamos a examinar los distintos supuestos del artículo 57.

1º) *Decretar se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para establecer el derecho de los litigantes.*- Desde luego, debe tratarse de documentos

que hayan sido mencionados, aunque sea incidentalmente, por alguna de las partes, y no aquellos de los que el juez tenga conocimiento por otro conducto. También debe tenerse en cuenta las reglas que oportunamente expondremos sobre producción de la prueba instrumental, y así no podría ordenarse la agregación de cartas confidenciales o las que sean dirigidas a terceros, etc.

2º) *Exigir confesión judicial a los litigantes sobre hechos que estimen de influencia y no resulten probados o cualesquiera explicaciones que juzguen conducentes.*- Varias limitaciones contiene esta facultad: debe tratarse de hechos articulados y que tengan influencia en la solución de la cuestión. Si se trata de hechos no articulados, el citado podrá negarse a contestar las posiciones y el juez apreciará esa negativa al dictar sentencia; pero la cuestión de saber si el hecho tiene o no influencia en la decisión está reservada al criterio judicial y no autorizará, por consiguiente, una negativa a contestar. Tampoco podrán versar las posiciones sobre hechos que hayan sido materia de una diligencia análoga a pedido de parte. En la diligencia se seguirán las reglas prescritas por los arts. 126 y siguientes. Las posiciones deberán ser formuladas exclusivamente por los jueces, sin que sea permitido a las partes dirigir preguntas al absolvente, ni siquiera para aclarar las contestaciones. El inciso autoriza al juez a exigir explicaciones a las partes, de modo que el citado tampoco podría negarse a contestar bajo pretexto de que la pregunta no ha sido formulada en forma de posición, es decir, afirmativamente, sino de modo interrogativo. Por otra parte, la amplitud del precepto permite al juez solicitar esas explicaciones, no solamente a las partes, sino también a terceros. No quiere decir esto que pueda citar testigos que no han sido propuestos por los interesados, desde que ello importaría subrogarse a la parte, pero está facultado para interrogar según su criterio a los que aquellos hubiesen ofrecido, sea en el acto mismo de la declaración o posteriormente, cuando sea necesaria alguna aclaración. También puede solicitar informes a las reparticiones públicas cuando tengan por objeto aclarar alguna prueba aportada en el juicio.

3º) *Ordenar cualquier reconocimiento, avalúo u otra diligencia pericial que reputen necesaria.*- El reconocimiento puede hacerse directamente por el juez, en cuyo caso se aplican las reglas establecidas para la inspección ocular (arts. 210 y sig.), y si se encomienda a peritos, se aplican las disposiciones referentes a la prueba pericial (arts. 161 y sig.).

4º) *Ordenar se traigan a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito, hallándose en estado.*- El juez debe ordenar la agregación de expedientes *ad effectum videndi* cuando sus constancias hayan sido ofrecidas como prueba en el juicio que vaya a sentenciar, pero también puede ordenarlo de oficio, si lo estima conveniente, solicitándolo al magistrado que intervenga si tramita en otro juzgado, salvo que con ello se cause perjuicios a terceros, en cuyo caso se agregarán testimonios de las piezas pertinentes. Puede, igualmente, requerir a un magistrado de otra jurisdicción el traslado a su presencia de un escribano para exhibir un protocolo.

f) La ley 14.237, de reformas al código de procedimientos en lo civil y comercial de la Capital Federal, ha sustituido el art. 57, como hemos dicho, por una disposición más amplia, pues el art. 21 estatuye: "En cualquier estado del juicio el juez o tribunal podrá disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos".

Para fijar el alcance de esta disposición es necesario recordar que se trata de una reforma parcial y que por consiguiente debe ser interpretada en consonancia con las demás disposiciones del cuerpo legal que integra. Por otra parte, no obstante la amplitud de sus términos, se trata de "medidas para mejor proveer", de manera que le son aplicables los principios que hemos enunciado precedentemente. Ella, ya lo hemos dicho, no ha derogado el principio dispositivo que predomina en el código y sólo amplía los poderes del juez sin menoscabo de los que aquél reconoce a las partes. En consecuencia, las limitaciones que deriven de sus propios términos y de sus antecedentes doctrinales y legislativos pueden resumirse así:

1º) La disposición establece que el juez o tribunal podrá disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos "controvertidos". Por tales deben entenderse los hechos alegados en la demanda y en la contestación, lo que significa que no se ha modificado el régimen del código en cuanto a la aportación de los hechos, que continúa

siendo una carga de las partes (arts. 71, 109, 110 inc.4º), y al objeto de la prueba (art. 108 del código y art. 25 de la ley 14.237). Si no existen hechos controvertidos, la cuestión se declarará de puro derecho (art. 107) y el juez deberá aceptar como ciertos los hechos reconocidos por las partes.

2º) Una primera consecuencia de esta regla es que el juez no podrá disponer de oficio diligencias tendientes a probar hechos que no han sido invocados por las partes, aun cuando se hallen vinculados a otros hechos cuya existencia se halle acreditada en los autos. La sentencia debe contener decisión expresa y precisa “con arreglo a las acciones deducidas en juicio” (art.216) y este precepto impide al juez, no sólo investigar hechos que las partes han silenciado, sino más aún, fundar su sentencia en hechos que, aunque resulten de los autos, no han sido invocados por las partes en apoyo de sus pretensiones, salvo que se trate de hechos impeditivos o extintivos que la ley lo autorice a estimar de oficio.

3º) La segunda es que a las partes corresponde la carga de la prueba, no sólo en cuanto a su ofrecimiento sino también a su producción. El juez, por lo tanto, no puede ordenar la agregación de documentos de que las partes no hubieren hecho mérito, ni la citación de terceros cuyo testimonio no hubieran solicitado, a menos que la existencia de esos documentos resulte de otros ya agregados a los autos o se trate de terceros mencionados por los testigos en sus declaraciones.

4º) El juez no puede suplir la omisión de las partes, porque ampliar sus poderes para la dirección del procedimiento o completar su información, no importa autorizarle a substituirse en los derechos y cargas que a aquéllas corresponden, pues ello significaría violar el principio de igualdad que es de la esencia del sistema contradictorio. Por consiguiente, las diligencias que el juez ordene no deben tener por objeto “investigar”, sino como dice el art. 21, “esclarecer” los hechos controvertidos, lo que supone una duda resultante de la insuficiencia de las pruebas aportadas por las partes, o sea que debe haber lo que podríamos llamar “un principio de prueba”. Pero ello no impide al juez suplir la negligencia de las partes, desde que aquí hay un comienzo de actividad que puede haber quedado frustrada por causas que no le sean imputables, las que deberán ser valoradas por el juez, y siempre que con ello no se mejore la posición del litigante o que la negligencia no traduzca el propósito de abandonar la instancia.

5º) Las restricciones impuestas no rigen (en cuanto a la investigación, pero sí en cuanto a la aportación de los hechos) cuando la litis verse sobre cuestiones que afecten al orden público (como las de estado de las personas, la familia, interdicción, etc.), o cuando el juez advierta que existe un propósito doloso o colusivo; pero en ningún caso podrán ordenarse diligencias prohibidas por la ley o que supongan violencia física o moral sobre las personas. Tampoco el juez se halla vinculado por las alegaciones de las partes en cuanto a la aplicación del derecho, en virtud del principio *iura novit curia*.

6º) La facultad conferida por el art. 21 no es arbitraria y si el tribunal de alzada considera que la medida de prueba ordenada por el juez altera gravemente el principio de igualdad de las partes, podrá prescindir de ella.

7º) Las medidas para mejor proveer pueden ordenarse en cualquier estado de la causa y cuantas veces el juez estime necesario en el curso de la misma”.

Comentario:

El insigne procesalista argentino Hugo Alsina, con claridad y precisión absoluta, se refiere a las medidas para mejor resolver (o proveer en la nomenclatura Iberoamericana) manifestando su acuerdo con ellas en forma limitada a fin de no desnaturalizarlas e impedir que afecten el principio de igualdad de las partes que reconoce como potencialmente posible de afectarse con estas medidas.

Comienza su análisis justificando estas facultades a fin de no imponer al juez una limitante que lo podría llevar a fallar sin “convicción”, “desnaturalizando la función judicial”.

Agrega que lo único que interesa a la sociedad es que la sentencia que se dicte “sea, en lo posible, la expresión de la verdad o de lo que el juez cree verdadero” siendo necesaria estas medidas para “completar su información o aclarar alguna situación dudosa”.

Aquí comienza mi discrepancia, ya que tal planteamiento no aborda una interrogante legítima como es preguntarse si efectivamente es ése el único interés de la sociedad y más aún si, para conseguirlo, se está dispuesto a afectar el principio de igualdad probatoria de las partes y, en especial, el principio de imparcialidad del juez.

Continúa Alsina expresando que estas medidas “no pueden diligenciarse arbitrariamente” estableciendo, como principios rectores y de procedencia, el criterio del tribunal, espontaneidad del juez al decretarlas, ignorar a quién favorecerá, decretarse con cautela, no comprometer su imparcialidad, etc., todos requisitos meritorios y convenientes pero eminentemente subjetivos y que no entregan un parámetro objetivo para la utilización de las mismas a fin de no romper los dos principios antes indicados: igualdad de las partes e imparcialidad del juez.

Alsina concluye magistralmente, enseñando que estas medidas no deben servir para investigar sino para “esclarecer los hechos controvertidos”, lo que supone una duda resultante de la insuficiencia de las pruebas, o sea que debe haber lo que podríamos llamar *un principio de prueba* para que pudieren decretarse, constituyendo esta novedosa posición el origen de los planteamientos doctrinales que caminan en tal sentido.

Este autor termina indicando que el decretar estas medidas será de valoración del juez “y siempre que con ello no se mejore la posición del litigante”, lo que en mi opinión es imposible de que no se produzca si se decretan estas medidas, además de pronunciarse sobre el necesario resignar del principio de imparcialidad o igualdad ya indicado, sin indicar en que medida o grado ellos se afectan o no se afectan con las mismas.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO⁴³

En cuanto a las facultades ordenatorias de los jueces señala:

“En cuanto al objeto del pleito:

ORDENAR LAS DILIGENCIAS NECESARIAS PARA ESTABLECER LA VERDAD DE LOS HECHOS.

Derivada del principio de autoridad judicial, esta facultad ordenatoria en cuanto al objeto del pleito (y más concretamente, en cuanto a la prueba), permite adoptar todas las medidas que el juez estime conducentes para obtener el total esclarecimiento de la verdad de los hechos, y está consagrada en CPCN, 36, inc. 2. En virtud de ella la ley permite al juez una actuación determinada en orden a lograr una declaración de verdad real que le posibilite hacer justicia a cabalidad en el caso concreto de que se trate.

Por supuesto, tal facultad se relaciona con las conocidas como "medidas para mejor proveer", y como ellas se vinculan con los aspectos probatorios del proceso, el juez actuante habrá de guardar especial atención para no invadir esferas dispositivas que no le competen y que debe respetar en orden a asegurar a las partes su real carácter de tercero en la actividad de juzgar. No otra cosa significa la norma contenida en CPCN, 36, inc. 2, cuando al establecer la facultad que glosamos, advierte al juez que tiene que respetar el derecho de defensa de las partes.

Como el tema nos parece de la mayor importancia, y por plasmar esta facultad legal una concepción filosófico-jurídica que no ha sido pacífica en el pensamiento procesal de todos los tiempos, abundaremos en lo expuesto a fin de brindar nuestro concepto de las medidas para mejor proveer, sus caracteres y, especialmente, sus requisitos, que entendemos son de insoslayable incumplimiento por parte de cualquier autoridad judicial.

a) *Concepto.*

En magnífico estudio histórico y comparativo, Hugo Alsina -luego de poner de resalto las diferencias existentes entre los sistemas dispositivo e inquisitivo- efectúa un prolijo desarrollo expositivo, demostrando cómo -luego de la fusión de los derechos romano y germánico- se alternaron ambos sistemas en la legislación positiva, hasta llegar a mezclarse de tal forma, que ya hoy no cabe hablar de sistemas puros, sino de predominio -mayor o menor- de uno sobre el otro.

Nuestra ley, volcándose hacia la moderna corriente de extrema publicitación del proceso en el fondo inspirada en legislaciones europeas que responden a pensamientos totalitarios-, consagra expresamente la facultad judicial de dictar medidas para mejor proveer. Sin embargo, en el tránsito procesal hacia el principio inquisitivo, nuestro CPC ha quedado -afortunadamente- a mitad de camino (al establecer estas medidas como facultad, y no como deber, dejando una ley que todavía puede considerársela predominantemente dispositiva.

En esa tónica ha sido interpretada la respectiva norma tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, al rodear a estas medidas de tal número de requisitos que resultan, en la práctica, poco menos que letra muerta en el texto legal.

Para comenzar, recordaremos, con Satta (*Diritto processuale civile*, t. I, p. 198), que la medida de los poderes del juez respecto de la disposición de los medios de prueba depende exclusivamente de la estructura que se adopte para el proceso. De tal forma se podrá decir que tales poderes son o no compatibles con el principio dispositivo. En el sentir del autor citado, nada impide que el juez, sobre los mismos hechos alegados por las partes, practique las diligencias necesarias, independientemente de las instancias de aquéllas.

⁴³ Alvarado Velloso, Adolfo: *El Juez, sus deberes y facultades*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1982, pág. 274 y ss.

Dice Hugo Alsina que en los últimos años, llevados por una euforia de tendencia publicística, se ha olvidado que el proceso se hace con hombres y para los hombres; que es la obra de las partes y del juez -hombre como ellos, que también vive bajo la influencia inconsciente de las ideas y las pasiones del ambiente-, y que para ellos debe dictar, no obstante, una sentencia que sea expresión real de la justicia; no la justicia que las partes quieren, sino la justicia que la ley quiere. El olvido de esas dos premisas ha hecho que en algunas ocasiones, abusando de un poder que confiadamente se confirió a los jueces, éstos conviertan el proceso en un instrumento de arbitrariedades.

Por nuestra parte, entendemos -congruentes con la ya expuesta idea de jurisdicción y con la naturaleza de actividad sustitutivo que le asignamos- que la ley es -debe ser- de neto corte dispositivo, y que no se compece con el sistema que un juez -tercero imparcial e independiente- asuma la defensa de una de las partes en aras de buscar la "verdad" (en definitiva, lo que por tal entiende subjetivamente el juez actuante y que, paradójicamente, puede no coincidir con el parecer de otro juez o con la misma verdad real). Al contrario, estimamos que así como la carga de afirmar pesa sobre las partes, en orden al principio de iniciativa que expresamente acepta la ley procesal civil, también debe pesar por entero sobre ellas la carga de probar, no siendo lícito derivar tal tarea a la persona menos indicada para hacerlo: el tercero que debe resolver imparcialmente el litigio.

Chiovenda, quien adoptó en el art. 29 de su Proyecto la posibilidad de decretar medidas para mejor proveer, sostiene que en las causas civiles el material de cognición debe ser proporcionado principalmente por las partes.

Por su parte, con todo acierto señala Colombo que "es tan indiscutible que el juez ha de tener el gobierno del proceso como que no es omnisciente ni ha de ser omnipotente; lo primero porque es él quien administra justicia, con lo que todo está dicho; lo otro, porque si la ley ha establecido formas y estructurado tipos de proceso sobre la base de que cada parte debe demostrar (probando) la verdad de lo que sostiene, ello se debe a que nada mejor que el contrapuesto interés para evidenciar la verdad, sino también, porque ese sistema es el que ofrece mayor adecuación a la garantía de la seguridad jurídica". "No satisface que se presente al juez como director y -al mismo tiempo-, concretamente, se le niegue toda atribución o, a la inversa, se le conceda una excesiva injerencia en aspectos que, aun con bien intencionado propósito, puedan comprometer su imparcialidad".

Empero, la aplicación estricta de lo ya expresado -y el apego minucioso al principio dispositivo que prohíbe al juez proceder de oficio- reduciría su misión a confrontar los elementos de juicio aportados por las partes, y su convicción estaría limitada por el material arrimado por ellas, lo que podría engendrar el peligro de un juez puesto en el deber de sentenciar sin convicción. (En rigor, el caso es de rara factura. En ausencia de prueba -total o parcial el juez puede sentenciar aplicando conocidas reglas del *onus probandi* y, consecuentemente, haciendo caer la pretensión de la parte renuente a cumplir la carga probatoria que le incumbía en orden a la naturaleza de los hechos alegados. El problema se presenta, al contrario, cuando existe abundancia de prueba contradictoria). Como ello desnaturalizaría la función judicial, parece razonable otorgar al juez ciertas y limitadas facultades para investigar el litigio por sí mismo -y por medio del material aportado por las partes-, no con un sentido inquisitorial, sino en la medida necesaria para completar su información o aclarar alguna situación dudosa (Hugo Alsina) e ignorando de antemano a quién favorecerá o perjudicará la medida adoptada.

Y ello porque "nadie como el juez ha sentido en ocasiones, lo que podríamos llamar «la tragedia íntima de la sentencia injusta», de la injusticia que no se puede soslayar porque el derecho lo impide" (Sentis Melendo), para evitar lo cual la ley faculta al juzgador a procurarse por sí mismo los medios de información que contribuyan a formarle una convicción total acerca de los hechos relacionados con el juicio que debe emitir (Enrique Amaya).

Pero todo ello debe hacerlo con mesura y prudencia, sujetando su actividad a los requisitos que enunciaremos y sin olvidar que Salomón, el más justo de los jueces que en el mundo han sido, no precisaba de medidas para mejor proveer en orden a efectivizar su sentido de justicia.

b) *Caracteres.*

En primer lugar, cabe acotar que se trata de una indudable facultad ordenatoria del juez, dependiendo de su mesurado criterio; el decretar o no la medida.

Se extrae de esto que las partes no pueden exigir su realización, ni existe para ellas la carga de instar su producción.

En segundo lugar, en cuanto a si son o no taxativas obviamos tratar la cuestión atendiendo el carácter amplio de la norma: "Los jueces pueden ordenar se practique cualquier diligencia que estimen conducente y que no sea prohibida por derecho". Empero, por razones de buen método, volveremos sobre el tema al enunciar las medidas previstas en la ley.

e) *Requisitos.*

Según nuestra concepción acerca de las diligencias para mejor proveer, entendemos que ellas están sujetas a la imprescindible vigencia de los siguientes recaudos, sin cuya existencia total no se puede hablar de tales medidas (Sentis Melendo):

1) Que en el litigio se haya ofrecido y producido prueba. Ya hemos sostenido supra que en caso de carencia probatoria -total o parcial- el litigio se resuelve aplicando las reglas del *onus probandi*, haciendo caer sobre el incumplidor los efectos de la carga respectiva. Agregaremos acá que este requisito se relaciona íntimamente con los que enunciaremos a reglón seguido, en orden a que el juez no puede sustituir la inactividad probatoria de las partes, ni cubrir la negligencia en que ellas han incurrido (Moreno Dubois).

2) *Que a pesar de las probanzas rendidas, el juez carezca de convicción firme acerca de la justa solución del litigio.* El requisito no contempla el supuesto de carencia probatoria, sino el de abundancia de medios que se contradicen entre sí, de modo tal que dejan al juez sumido en la perplejidad de la duda, al no saber a quién dar la razón.

Por supuesto, las medidas a adoptar no deben rebasar su finalidad -obviar la duda-, pues de lo contrario se violaría el art. 18 de la Constitución nacional (Moreno Dubois).

3) *Que las decrete el juez cuando la causa se halle conclusa para sentencia.* Este requisito, expresamente establecido en CPC Córdoba, 347, no rige idénticamente en todos los ordenamientos legales ni, por supuesto, constituye pacífica doctrina.

Sin embargo, nos pronunciamos por su inclusión, pues admitimos -congruentes con lo ya expuesto- que una vez que las partes han agotado sus propias posibilidades probatorias, se muestra la perspectiva de que el juez se halle en estado de duda (Barrios de Ángelis). Admitir que puedan ser decretadas en cualquier estado del proceso implica la plena adopción del principio inquisitivo, del cual, afortunadamente, se halla muy lejos la legislación vigente.

Desde luego, cuando hemos consignado la voz "sentencia" en el título que comentamos, le damos un sentido lato, comprensivo no sólo de la "definitiva" sino también de las "interlocutorias" pues en cualquiera de ellas puede presentarse el estado de duda a que venimos refiriéndonos.

4) *Que la medida ordenada tenga únicamente finalidad probatoria.* Este es el único y definitivo propósito de las "medidas para mejor proveer y no puede ser rebasado por el querer judicial. Como lo señala Jofré, "a veces se las ha extendido a diligencias no probatorias, dándoseles -maguer ello- la denominación de «diligencias para mejor proveer». Esa frase consagrada por los prácticos primero y por los códigos después, no puede hacer variar el sentido de una actuación ni convertirse en pabellón que cubra cualquier mercancía procesal".

Con toda claridad expresa Colombo que la función de las medidas para mejor proveer consiste en dotar al juez del poder necesario para que pueda disipar las dudas que suscita la "prueba producida", con lo cual, técnicamente, está descartando, en primer lugar, la hipótesis de que no exista ningún tipo de probanzas; y, en segundo lugar, que tales diligencias puedan extenderse a otro ámbito que no sea el probatorio.

Por las mismas razones, creemos improcedente el funcionamiento de las medidas para mejor proveer en las "cuestiones de puro derecho". Y ello porque, en virtud del principio "*iura novit curia*", en estos casos, la carga de las partes consiste sólo en "afirmar los hechos", no rigiendo para ellos, obviamente, los pesos y contrapesos *del onus probandi*.

5) *Que sea producto del espontáneo sentir del juez* Lo cual implica que las medidas no pueden ser sugeridas por las partes.

6) *Que la medida ordenada sea legal*. Es decir que no esté prohibida por el derecho.

7) *Que se mantenga la igualdad de las partes*. Este requisito se impone por la esencia misma de la actividad jurisdiccional, equidistante de la que cumplen las partes interesadas, pues ya hemos visto que el instituto no tiene por finalidad suplir las eficiencias técnicas de la defensa .

Sentis Melendo ... parte del supuesto de que un juez *imparcial*, al dictar medidas para mejor proveer, debe tener especial preocupación por mantener su imparcialidad, pues este recaudo debe presidir toda su actuación. De tal modo no debe suplir la inactividad de las partes ni lograr cubrir la negligencia de ellas; sólo así logrará mantener un perfecto equilibrio en la situación probatoria de los litigantes .

Y es que la parte a quien una diligencia para mejor proveer coloca en condiciones de inferioridad, considera siempre que el magistrado ha comprometido su imparcialidad. Es necesario, por ello, prevenir esta suposición con una noción lo más firme posible (Sentis Melendo). De allí que se haya dicho que "las facultades conferidas por la ley no deben ser ejercitadas por los jueces, a fin de no verse acercados -aun sin quererlo- a una de las partes y -por qué no decirlo- para no sentirse menos jueces" (Bartoloni Ferro).

8) *Que en la producción de 1a medida ordenada para mejor proveer, se otorgue participación a los interesados*. Esto implica la necesidad de que toda medida deba ser notificada a las partes ... y la de dar a éstas oportunidad de evaluar sus resultados, a la par que oponerse a su realización si ellas refieren a hechos no articulados, o si no estuvieren permitidas por la ley; como asimismo, la posibilidad de pedir su ampliación.

e) Enumeración.

A nuestro juicio, la ley ha considerado inútil efectuar una exhaustiva enumeración de facultades en orden a decretar medidas para mejor proveer, pues, en última instancia,, ella tendría simple carácter enunciativo.

Otras leyes, sin embargo, efectúan prolija enumeración, consagrando facultades implícitamente legisladas en nuestro ordenamiento procesal. De allí que consideremos conveniente enunciar algunas de las diligencias que surgen de CPCN.

Así, los jueces pueden:

1) disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes (art. 36, inc. 4), de peritos y consultores técnicos y testigos (art. 36, inc. 5);

2) ordenar la agregación de documentos existentes en poder de las partes o de terceros (art. 36, inc. 6);

3) ordenar reconocimientos (art. 479), avalúos u otras diligencias que resulten necesarias;

4) pedir informes (art. 477);

5) aceptar u ordenar la ampliación del número de testigos (art. 430);

6) interrogar -sin los recaudos propios de la prueba de testigos- a menores de catorce años, cuando mediando conflicto de índole familiar, así lo aconsejen las circunstancias del caso;

7) exigir confesión judicial a cualquiera de las partes, acerca de los hechos litigiosos. Respecto de esta facultad, aceptada en CPCN, art. 415, no existe pacífica doctrina, pues no pocas y autorizadas voces se oponen a su efectivización (Enrique Amaya), destacando

la gravedad suma que importa que la absolución de posiciones sea ordenada de, oficio, por cuanto de, esa manera se hace difícil mantener la equidistancia entre las partes. Y "aunque se cometa una levísima parcialidad, con ello resulta suficiente para influir en la milimétrica balanza judicial".

Por nuestra parte, nos mostramos contrarios a la adopción de esta excepcional medida, sin desconocer que ella resulta legítima a tenor de lo establecido en la recién señalada norma.

8) en general, cualquier otra medida que resulte conducente y que no esté legalmente prohibida.

DECRETAR LA VISTA O AGREGACIÓN DE CUALQUIER DOCUMENTO EN PODER DE PARTES O TERCEROS.

Esta facultad ordenatoria en cuanto al objeto del pleito (más específicamente, en cuanto a la prueba) puede ser ejercida en carácter de medida para mejor proveer (v. n° 2.1.3.1) tanto sobre las partes como sobre terceros (CPCN, 36, inc. 6). En todo supuesto el juez actuante debe adecuarse a los términos procesales de los arts. 387 a 389 de CPCN".

COMENTARIO

En su obra publicada el año 1982, mi maestro, jurista y profesor Adolfo Alvarado Velloso, enseña que estas medidas son universalmente aceptadas y legisladas sobre hechos que deben ser confirmados o probados por las partes, justificándose en la conveniencia de que el juez tenga la *facultad* y nunca el *deber* de que a través de ellas pueda llegar a una justa solución del caso.

Su gran mérito tiene un doble aspecto; en primer término en reconocer que esta actividad probatoria es necesariamente excepcional, identificando una serie de restricciones — ocho en total— que eleva a la categoría de requisitos de procedencia de estas medidas y, en segundo término, en reconocer que en materia penal, en base al principio de *in dubio pro reo*, éstas no deben decretarse; lo cual, sin duda, constituye el germen de evolución de su pensamiento, para concluir posteriormente y pos dicha obra que en base a ese mismo principio constitutivo, universal y formativo de todo procedimiento sea penal o civil, estas medidas tampoco deben proceder en materia procesal civil. Y ello en razón del principio constitucional de inocencia, también universal y formativo de todo procedimiento sea civil o penal.

En efecto, en Cátedra de Post-grado en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), Programa de *Magister Internacional de Derecho Procesal* 1999-2000, en la cual fui uno de sus privilegiados alumnos aprendices de Derecho Procesal, enseñé científicamente la inconveniencia y contradicción intrínseca de estas medidas en todo proceso que quiera respetar el principio de igualdad de las partes e imparcialidad absoluta del sentenciador, enseñanzas que por cierto —y como podrá advertir el lector— son las causantes de la presente investigación.

CARLOS ANABALÓN SANDERSON⁴⁴

“Una vez cumplidas las diligencias y trámites subsiguientes al vencimiento del término probatorio, el juez queda en situación de expedir el fallo definitivo de la causa en la forma y plazo determinados por la misma ley, salvo que estime necesario decretar previamente alguna o algunas de las *medidas para mejor resolver*, que aparecen establecidas en el artículo 159. Esta facultad concedida a los jueces no pueden éstos ejercerlas caprichosamente, ni mucho menos: se trata de una excepción que les impide proceder de oficio en la substanciación y fallo de los juicios; y, por consiguiente, dicha autorización debe amoldarse en su ejercicio a los términos estrictos en que tanto la letra como el espíritu de la ley la conciben.

En primer lugar, para dictar tales medidas se exige que la causa se halle en estado de sentencia, lo que es igual a que aparezca ya finalizada la tramitación y cumplida la tarea que correspondió a las partes dentro del juicio, de donde resulta que el juez no está llamado entonces a suplir los medios de prueba y las defensas de ninguna de ellas sino, sencillamente, a esclarecer sus derechos, salvar los puntos dudosos o las deficiencias de que adolezca el proceso, en una palabra, a perfeccionar los antecedentes que ya existen y se conocen, con el fin de averiguar más a fondo y mejor la verdad del pleito y dictar así un fallo en condiciones de mayor acierto y justicia. La oportunidad para ello, como se ha visto, no puede ser más propicia ni su afán más legítimo, siempre que se proceda con absoluta imparcialidad y limitándose a los casos en que realmente se impone un método semejante.

Con cuanta razón se sostuvo el establecimiento de este precepto por la Comisión Revisora del Código, diciéndose que “la ley debía mirar en el magistrado una persona imparcial y recta, empeñada en buscar la verdad; y no sospechar de él hasta el punto de vedarle los caminos de encontrarla; y que si realmente el sistema propuesto tenía sus inconvenientes, éstos no eran tales que de ordinario hubiesen de ser superiores a los bienes que estaba llamado a producir”.

La jurisprudencia de nuestros tribunales, por su lado, más de una vez ha confirmado las proposiciones anteriores y sentado como doctrina inamovible que “para ejercitar la facultad que concede este artículo es menester que haya en los autos algún antecedente, alguna presunción de verdad a favor del hecho que debe ser establecido, alguna prueba aunque insuficiente que sirva en el sentido indicado, porque el presente artículo no dispensa al juez primordial de fallar con arreglo al mérito de los autos, o sea, absolviendo o condenando según que el demandante haya acreditado o no la acción de la demanda”.

Se ha dicho asimismo, que “para que pueda prosperar la demanda es necesario que se pruebe la propia acción entablada”.

También en el propio texto de la ley tenemos la misma confirmación, esto es, que la facultad de los jueces en este sentido no es absoluta: así, por ejemplo, la relativa a la comparecencia de testigos se limita a los que hayan declarado en el juicio y sólo cuando sus dichos sean oscuros o contradictorios y, todavía, con el único fin de que los aclaren o expliquen, de tal manera que esta medida no se justifica cuando sus declaraciones hayan sido dadas en forma clara y explícita. Lo mismo se deduce de lo dispuesto especialmente con relación a las medidas consignadas en los números 1º, 2º y 6º del precepto en estudio. (Libro de S. Lazo, Jurisprudencia N° 2 del art. 166, pág. 143; R. de D., Tomo XXX, año 1933, pág.79.)

De las medidas en cuestión, mejor dicho, de su ordenación o de la resolución que las decreta, debe darse conocimiento a las partes, requisito indispensable para la validez de la misma diligencia y, aun, de la sentencia en que se las considere, ya que es imposible desconocer el carácter probatorio que revisten dichas diligencias, las cua-

⁴⁴ Anabalón Sanderson, Carlos: *El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1954, pág.520 y ss.

les se decretan tanto a favor como en contra de todas y cada una de las partes que intervienen en el juicio. Por este medio, además, se ha querido dar la oportunidad de representar al tribunal la improcedencia o inconveniencia de las medidas decretadas, no obstante que las respectivas resoluciones son inapelables, salvo las que se dicten en los casos contemplados por el inciso final del mencionado artículo.

La primera de esas excepciones se refiere al informe de peritos, porque la medida, a más de innecesaria, puede ser dispendiosa para las partes; y la segunda, a la apertura de “un término de prueba breve e improrrogable, limitado a los puntos que el mismo tribunal determine”, cuando “en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia”, en cuyo caso también se justifica la apelación por la misma importancia de la medida, si bien este recurso sólo procede al tratarse de una resolución dictada por un tribunal de primera instancia.

El hecho de que en ciertos casos, como los anotados, la ley conceda el recurso de apelación contra las resoluciones que decretan estas medidas, no significa que estas resoluciones dejen de ser meros decretos o providencias, que sólo tienden a determinar o arreglar la substanciación del proceso y, por consiguiente, de ningún modo son susceptibles, en sí mismas, de los recursos de casación. Sin embargo, el cumplimiento de alguna de ellas puede originar un vicio de casación de forma en que incurrirá la sentencia definitiva que se dicte posteriormente, como si el tribunal, para mejor resolver y con conocimiento de las partes, ordenara agregar un documento al proceso y se cumpliera esta orden sin darse la debida citación, infringiéndose así lo dispuesto por el N° 4° del artículo 795, en relación con la causal N° 9 del artículo 768 del mismo Código.(R. de D., Tomo XLVII, año 1950, pág. 442)

Por lo contrario, desde que la regla general es que las medidas para mejor resolver se disponen en materia civil con conocimiento de las partes y no con citación, la del informe del perito no autorizará la nulidad de la sentencia, por más que aquél haya omitido citar a las partes para practicar un reconocimiento, defecto este que deberá invocarse con relación al informe mismo, en resguardo de los derechos que puedan entonces ejercitarse.(R. de D., Tomo XLV, año 1948, pág. 57)

En el aspecto intrínseco de estas medidas, fácil de considerar resulta la consecuencia de que, por tratarse de resoluciones dictadas de oficio por el tribunal, éste se halle en completa libertad para apreciar tales disposiciones una vez cumplidas y sacar de ellas las conclusiones que conceptúe más oportunas, aun cuando esta labor sea un tanto ajena a los puntos especialmente controvertidos por las partes o a sus defensas alegadas en la causa. En esta virtud, no pensamos que pudiera prosperar y en el hecho no prosperó- el recurso de casación en el fondo delante de una actitud judicial como la observada, por la pretendida infracción del artículo 159 en cuestión, o la del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.(R. de D., Tomo XIX, año 1922, pág. 92)

Asimismo, fuerza es reconocer, en cambio, que si bien el expresado artículo 159 faculta al juez para hacer consideraciones no aducidas por las partes y traer al proceso pruebas que ellas no rindieron, tal cosa no lo autoriza “para prescindir de resoluciones ejecutoriadas que las mismas partes, o más propiamente una de ellas, obtuvo con anterioridad”. Así, por ejemplo, no podrá el tribunal por este medio dejar sin efecto la resolución que hubiera dado por confeso a un litigante en ciertos hechos, ni tampoco apartarse de aquella que tuvo por incurso a las partes del juicio en los apercibimientos contemplados por los artículos 255 y 309, respectivamente.(R. de D., Tomo XLV, año 1948, pág. 724)

Como verdaderas diligencias probatorias que son-aparte de lo preceptuado especialmente por el artículo 159-las medidas para mejor resolver deben practicarse previo decreto judicial notificado a las partes, conforme a la exigencia establecida por el artículo 324, de carácter general, y corresponde a las mismas partes, por supuesto, la obligación de procurar que dicha notificación o conocimiento de la respectiva resolución judicial se efectúe oportunamente, lo mismo que la de que esta resolución logre el debido cumplimiento. De modo, pues, que si el tribunal, para mejor resolver, ordena agregar un documento al proceso, notificada que sea esta resolución, la parte a quien interese la medida o el pronto fallo de la causa procederá a verificar esa agregación, hecho lo cual se dará citación del documento a todas las partes del juicio, toda vez que en la especie se trata de una agregación hecha por orden del tribunal, en uso de las facultades

de oficio, diligencias que, como se ha dicho, son decretadas tanto a favor como en contra de todos y cada uno de los litigantes.

La falta de dichas diligencias o el defectuoso cumplimiento de las mismas acarrearán necesariamente la nulidad de la sentencia que así se dictare, en vista de lo preceptuado al respecto por los artículos 768 N° 9 y 795 N° 4 del Código.

Naturalmente, si el cumplimiento de estas diligencias correspondiera de un modo exclusivo a alguna de las partes, podrán las demás solicitar del tribunal que se apremie a aquélla con tal objeto, bajo apercibimiento de proceder a su costa, de prescindir de las medidas decretadas, u otros arbitrios que se estimen pertinentes. En principio, siempre corresponderá la práctica de las diligencias necesarias para llevar a cabo las medidas ordenadas por el tribunal al litigante que las haya invocado a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley para casos particulares o de lo que se resuelva judicialmente, en caso de una controversia sobre la materia.

Con tales salvedades y advertencias, la regla general es que “las medidas para mejor resolver se ordenan con simple conocimiento de las partes; y se comprende que así sea, porque vista la causa queda cerrado el debate, por lo cual no procede el trámite de la citación que de suyo tiende a abrir la discusión”.(R. de D., Tomo XXI, año 1924, pág. 264; Tomo XXX, año 1933, pág. 340; Tomo XXXII, año 1935, pág. 362)

Las medidas para mejor resolver pertenecen indistintamente a los tribunales de primera y de segunda instancia, y por lo que respecta a estos últimos, los jueces que las hayan decretado serán los únicos competentes para fallar la causa, sin que sea necesario, una vez cumplidas, que la causa se ponga nuevamente en tabla, ya ello sucede después de vista y sin perjuicio del acuerdo.

Además, el tribunal de alzada no está impedido para decretar tales medidas por la circunstancia de que el tribunal a quo haya hecho ya uso de la misma facultad; ni siquiera por la de ordenarse una nueva de igual naturaleza que la cumplida en primera instancia, siempre que los antecedentes del juicio justifiquen este procedimiento, como quiera que la ley ha concedido expresamente a uno y otro dicha facultad, la que sólo puede serles coartada por esta misma ley.(R. de D., Tomo XVII, año 1920, pág. 73; Tomo XVIII, año 1921, pág. 87)

En lo concerniente a la naturaleza y efectos de las referidas medidas consultadas por el artículo 159, en particular, no se requiere de mayores explicaciones que las propias ofrecidas por la ley.

Con todo, para terminar, deseamos insistir primeramente en que esta facultad de oficio reconocida a los tribunales por la mencionada disposición legal, deberá siempre ejercerse con la mayor parsimonia y seriedad y ser entendida en concordancia con lo prevenido por el artículo siguiente del Código, en cuanto al mérito del proceso, sin extenderlas a puntos que “no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes”, porque si bien es verdad que el mismo artículo 160 contiene la salvedad de los casos en que “las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”, tal cosa ha de interpretarse, por lo mismo, en forma restrictiva, dejando también a salvo, y de preferencia, el derecho de las partes a ser juzgadas con arreglo principalmente, a su propia y sola intervención en el juicio.

En seguida, por lo que respecta a los tribunales de alzada, conviene también apuntar que, una vez vista la causa, no procede acoger la petición de las partes para que se decrete alguna de tales medidas, por tratarse de una solicitud ilegal, la cual debe desecharse de plano, en pugna como se halla con lo preceptuado por los artículos 227 y 159 del Código, de donde se infiere que ellas “son privativas del tribunal sentenciador, como lo demuestra la locución de oficio que emplea la ley”.(R. de D., Tomo XXXI, año 1934, pág. 67) “

Comentario:

Este eximio procesalista reconoce el carácter excepcional de estas medidas al aceptar el deber de sustanciación de los procesos sólo a petición de parte. Agrega cla-

ramente que a través de ellas no se puede suplir prueba no rendida por las partes, sino que sólo pueden estar destinadas a *esclarecer sus derechos, salvar puntos dudosos o las deficiencias de que adolezca el proceso* o lo que llama genéricamente, *perfeccionar los antecedentes que ya existen y se decretan* para averiguar de mejor forma la verdad del proceso y dictar un fallo más certero y justo.

A continuación agrega algo muy trascendente y es que el juez —al decretarlas— debe hacerlo procediendo *con absoluta imparcialidad*, cuestión que, como he sustentado en esta tesis, es imposible de que ocurra pues siempre estas medidas favorecen potencialmente sólo a la parte demandante.

Luego agrega, en lo que interesa en esta investigación, que respecto del resultado de estas medidas, el juez está en libertad de apreciación respecto de las conclusiones que determine, aun cuando ello sea ajeno a los puntos controvertidos por las partes o a sus defensas planteadas en el proceso, lo que lisa y llanamente considero atenta contra el principio de congruencia procesal que debe presidir y regir todo proceso racional y justo.

Finalmente señala que estas medidas deben “siempre ejercerse con la mayor parsimonia y seriedad” en concordancia con el Art. 160, disposición que hace primar la aplicación y consideración de los puntos que las partes expresamente han sometido a juicio y que la posibilidad que otorga esa misma disposición en orden a la facultad legal del juez de proceder de oficio en determinados casos, ello debe interpretarse restrictivamente y preferir “el derecho de las partes a ser juzgadas con arreglo principalmente a su propia y sola intervención en el juicio”, cuestión que si bien parece fácil de exponer en el texto, considero de una extensión incontrolable y generador necesariamente de incerteza jurídica frente a criterios dispares entre los jueces.

Tampoco se pronuncia este autor acerca de si estas medidas efectivamente o no siempre favorecen, potencialmente, sólo al demandante.

ROLAND ARAZI⁴⁵

“El principal deber del juez es dar una sentencia justa, o la más justa posible. Para ello tiene que utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda; las partes tienen la carga de aportar las pruebas, pero si el juez no está convencido de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, el ordenamiento procesal le otorga una serie de instrumentos para

⁴⁵ Arazi, Roland; *La prueba en el proceso civil*, Segunda edición, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 36 y ss.

que pueda cumplir con ese deber fundamental. Si no los usa no podrá dictar una sentencia justa.

Quien juzga tiene el derecho y el deber de estar en claro; si se le pide que resuelva un conflicto no se le puede impedir que arbitre los medios a su alcance para determinar cómo sucedieron los hechos y fallar de acuerdo con lo que él considere justo. Como hemos dicho, no se trata de llegar a la verdad ni tampoco de alcanzar la justicia objetiva, ya que éstos son conceptos cuyos logros, a veces, exceden la capacidad humana. Pero el juez debe estar convencido de que los hechos sucedieron de determinada manera y resolver el litigio sin que le quede duda de la justicia de su decisión.

Digámoslo de una vez: aun mediando negligencia de las partes el juez tiene el deber de suplir esa omisión y antes de fallar tiene que esclarecer los hechos ordenando la producción de prueba que considere decisiva (*Morello, Augusto*)”.

Comentario:

Partidario de estas medidas, aun en caso de negligencia probatoria de las partes, en esta obra se desatienden los principios de imparcialidad del juez y de igualdad de las partes que refiere esta investigación.

JOSÉ LUIS BLANCO GÓMEZ⁴⁶

“DIFERENCIAS ENTRE AUTOS PARA MEJOR PROVEER Y LA PRUEBA DE OFICIO:

Acaso resulte un tanto superfluo este aparte, especialmente por el lapso transcurrido entre la abrogación del Código Judicial y la vigencia del Estatuto actual. Sin embargo, juzgamos oportuno destacar algunas de las importantes diferencias que median, en consideración a la acentuada indiferencia que aún tiene la iniciativa probatoria en muchos de nuestros jueces y magistrados, en quienes parece que siguen pesando las férreas directrices de los autos para mejor proveer.

Al efecto, se tiene:

En cuanto a la naturaleza. Mientras los autos para mejor proveer se idearon como una simple facultad del juzgador, la iniciativa probatoria del juez se erigió en un deber. Por lo tanto, es notorio el contraste que existe y, como es apenas natural, de esta diferencia dimanar consecuencias de entidad.

En cuanto a la oportunidad. Los autos para mejor proveer solo eran de recibo antes del fallo definitivo de segundo grado (art. 600 C.J.); excepcionalmente se admitió esta posibilidad cuando el proceso era de única instancia. Igualmente era también procedente el auto para mejor proveer antes de proferir la Corte la sentencia de reemplazo (inciso 2° art. 539 del C.J.), en el recurso extraordinario de casación.

En cambio, la prueba oficiosa del sistema actual abarca un campo amplísimo, que va desde la audiencia inicial, en los casos en que procede; los términos probatorios de cualquier instancia; antes de decidir los incidentes de previo pronunciamiento; en las inmediateces de la sentencia; y en el propio recurso extraordinario de casación. Igualmente, estos poderes incluyen al juez tanto de primero, como de segundo grado.

⁴⁶ Blanco Gómez, José Luis: *Sistema Dispositivo y Prueba de Oficio*, Segunda edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, D.C., 1994, pág. 149 y ss.

En cuanto al objeto. Los autos para mejor proveer se encaminaban, según el mentado artículo 600, al "...solo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos...", previsión que suscitó innumerables advertencias restrictivas, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. Así, la Corte se expresó: "Los autos para mejor proveer de ninguna manera pueden servir para producir pruebas que a las partes corresponde llevar al juicio, ni para subsanar deficiencias en la actividad de sus apoderados...". Y luego concluye: "Solamente cuando el hecho es discutido en el juicio y se han producido pruebas respecto de él, pero dejando el punto dudoso o incierto, puede el Tribunal o la Corte utilizar la facultad excepcional que le otorga el art. 600 del C.J.". (G.J., t. LXXII, 461)

Al contrario, la iniciativa probatoria del juez en el proceso actual es prácticamente ilimitada, según se advirtió, pues que no cuenta sino con dos restricciones. Una, la de los extremos planteados por las partes y la otra, la de los testigos, que tienen que ser mencionados. Por lo mismo, puede ser *supletoria, complementaria o principal*. De ahí que la Corte, desde un principio, haya advertido categóricamente:

"Frente al ordenamiento procesal que gobierna hoy la facultad de aducir pruebas, esta no es de iniciativa exclusiva de las partes. Hoy el Juez tiene la misma iniciativa y más amplia, pues las limitaciones que la ley impone a las partes en el punto, no lo cobijan a él, puesto que su actividad no está guiada por un interés privado como el de los contendientes, sino por uno público, de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno". (*Sentencia de 12 de Febrero de 1977, publicada en Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema de Justicia, de Héctor Roa Gómez, t. IV, Bogotá, A.B.C., pág. 1850-1851*)

Comentario:

Este autor propugna sin dudas ni titubeos de naturaleza alguna el dejar atrás las medidas para mejor resolver, para entrar de lleno a la prueba de oficio ilimitada, imponiendo un criterio publicista por encima y excluyente del interés de las partes del proceso.

Si bien este decidido autor se hace cargo de las críticas al no respeto del principio de imparcialidad, lo cierto es que no existe pronunciamiento respecto de la afectación de tal principio con las medidas para mejor resolver, seguramente porque su convicción arranca de la supremacía de los objetivos publicistas del proceso por sobre toda otra consideración, cuestión que no comparto, por la exclusiva razón de la característica de base estructural del *debido proceso*, que tiene tan caro y esencial principio.

HUMBERTO BRISEÑO SIERRA⁴⁷

"El sujeto de la confirmación"

En el proceso se ha presentado una situación que se podría calificar de anticientífica. En efecto, sería inusitado sino absurdo que un químico formulara una hipótesis y nadie pudiera ni se atreviera a probarla, que a esto equivaldría arrojarle todo el peso de la verificación. Científicamente la cooperación es algo

⁴⁷ Briseño Sierra, Humberto: *Derecho Procesal*, Segunda edición, Harla ediciones, México D.F., México, 1995, pág. 1268 y ss.

natural, indispensable y frecuente; pero en el proceso la actitud es diversa, toca confirmar a quien afirma.

Es cierto que se conocen técnicas en virtud de las cuales, la confirmación corre a cargo de todos los sujetos, como acontece en ciertos tipos de reglamentaciones de proceso penal. Sin embargo, son dos los motivos por los que se suele rechazar esta postura: en primer lugar porque entonces se habla de potestades inquisitivas y ello recuerda un fenómeno histórico odioso y reprochable; en segundo lugar, porque se supone que la actividad confirmativa afecta la imparcialidad del juez.

También en los códigos procesales civiles se habla de diligencias para mejor proveer, como una manifestación de las amplias facultades que se conceden al juzgador. De estas medidas, el primero en reconocer que se hace con frecuencia uso indebido es Alcalá Zamora; pero al mismo tiempo, explica que en su día constituyeron un instrumento progresivo, a la vez que susceptible de perfeccionamiento, como lo prevén las mejoras introducidas por el código distrital mexicano, al permitir acudir a ellas en todo tiempo, y no sólo a última hora, o que se le sustancien de oficio o a petición de parte.

Pero, termina, el juzgador hará bien en no abusar de esta potestad que la ley otorga, puesto que los litigantes suelen pecar más por exceso que por defecto en la proposición de pruebas.

Otro autor, Carlos A. Ayarragaray ha partido de la idea de que toda potestad se construye en detrimento de otras, y de ahí que frente al principio dispositivo, se ha buscado la activa vigilancia del oficio extremándose las soluciones. El autor reniega de toda aplicación extrema del principio publicístico y cree que la solución estaría en la intervención judicial con la participación del particular, librándose de la participación del juez en el aporte de la prueba, y que ella surja del mismo proceso. Para Ayarragaray, agrandar las facultades del juez es penetrar en el sistema inquisitivo, donde el Estado viola involuntariamente el santuario de cada uno de los ciudadanos, a los que concluye por considerar súbditos sujetos a su pensar. Se le acuerda al juez, de consiguiente, el comando del proceso, su dirección. Los poderes del juez le llevan a atribuirse la facultad de resolver de acuerdo a la equidad. No puede el juez inquirir sin dar participación al litigante en virtud del principio de la trilateralidad del proceso.

El tema de la subjetividad en la confirmación tiene varias ramificaciones, antiguamente se le designaba el *onus probandi*, después se habló de la carga de la prueba y también se ha explicado como la incumbencia del probar. Pero todo se enlaza a la circunstancia de que en el proceso las partes no están solas, desde luego, se enfrentan al juez y, enseguida, se hacen acompañar de terceros, testigos y peritos; hasta cabe pensar que en los mecanismos propios de la comunicación, los auxiliares y colaboradores tienen que confirmar sus actuaciones.

Pero el juez, ha dicho Ayarragaray participa en el esclarecimiento de los hechos que las partes presentan, y trata de impedir que el justiciable maniobre a voluntad amparado en engaños y sorpresas. El juzgador no puede inquirir fuera de los hechos controvertidos; no puede, en consecuencia, aportar otra prueba, de manera que la verdad material que se proclama en lo penal no es la averiguación libre de los hechos. Es, como expresa la doctrina alemana, un criterio de apreciación de la prueba, semejante al de la sana crítica de la doctrina hispanoamericana. El disponer de las medidas necesarias para esclarecer la verdad, es dar facultad al juez para interrogar y ordenar medidas para mejor proveer que acarrear un grave problema constitucional, porque ninguno puede ofrecer prueba fuera de las oportunidades que concretan los códigos. La relación procesal queda inmutable con la fijación de la litis, y sólo pueden invocarse hechos nuevos en condiciones específicas. Así se respeta la igualdad de las partes y la defensa en juicio que contiene la Constitución. Las medidas de mejor proveer que ordena el juez según la antigua consideración, trajeron dificultades relacionadas con el equilibrio de las partes y el juez en el proceso. El predominio del juez, disponiendo una prueba intempestiva, habría barrido con el principio de defensa constitucional.

En México, el Código Federal de Procedimientos Civiles explicó en su Exposición de Motivos, con referencia a los arts. 79 y 80, que las facultades de los tribunales para decretar la aportación de toda clase de pruebas, están condicionadas a los siguientes supuestos: que estén reconocidos por la ley, que tengan relación con los hechos controvertidos y que no se lesionen los derechos de las partes, procurando en todo su igualdad. Se dijo que se respetaba la voluntad de las partes en la aportación de sus pruebas, sin que los tribunales ni la parte contraria tengan por qué pretender limitar esa facultad. De ahí que haya quedado garantizada, negando todo recurso contra la admisión de pruebas y estableciendo la apelación para el caso contrario. Sólo cuando la convicción de los jueces sobre los hechos está formada, por tratarse de los que están en el conocimiento de todos, la prueba resulta innecesaria, razón por la que se permitió que los hechos notorios fueran invocados por el tribunal, aunque no los alegaren ni probaren las partes”.

Comentario:

El maestro Humberto Briseño Sierra, con su profundidad ya clásica, indica que “se supone que la actividad confirmativa (probatoria) afecta la imparcialidad del juez”. Comentando las certeras enseñanzas de Niceto Alcalá Zamora y Carlos A. Ayarragaray, agrega con precisión que las facultades probatorias del juez “acarrear un grave problema constitucional”, llegando las mismas a barrer “con el principio de defensa constitucional”. Enseña al respecto, que “la igualdad de las partes y la defensa en juicio que contiene la Constitución” sólo se respetan con la inmutabilidad de “la fijación de la litis” por las partes, aceptándose la invocación de “hechos nuevos en condiciones específicas”.

Coincido plenamente con la conclusión mencionada, reiterando que mis pensamientos se basan en la afectación del principio de imparcialidad y, consecuentemente, del de igualdad de las partes con las medidas para mejor resolver y, más aún, con las facultades probatorias de oficio a lo largo del proceso.

PIERO CALAMANDREI⁴⁸

“Se debe, sin embargo, poner de relieve que, si bien el principio dispositivo ha sido mantenido, ha encontrado, no obstante, en el nuevo Código, atenuaciones y limitaciones notables, respecto de las cuales no se puede aquí guardar silencio (aunque se haga reserva de hablar de ellas particularmente en la parte especial de este curso), si se quiere apreciar desde ahora, en sus rasgos generales más característicos, la fisonomía del nuevo proceso civil. Tales atenuaciones y limitaciones se refieren, sobre todo, a la elección y a la proposición de los medios de prueba, en relación a los cuales los poderes de iniciativa del juez han sido notablemente ampliados respecto de aquellos, mucho más restringidos, admitidos por el Código anterior. En realidad, mientras para el ejercicio de la acción y para la concreta determinación del tema de la demanda, todo poder de iniciativa reconocido al juez sería incompatible con la naturaleza misma del derecho privado, no se puede decir igualmente que el carácter disponible de la relación

⁴⁸ Calamandrei, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, Argentina, 1986, Volumen I, pág. 405 y ss.

sustancial controvertida lleve necesariamente a hacer depender de la iniciativa de parte la elección y la puesta en práctica de los medios de prueba.

Se tienen indudablemente, también en el nuevo proceso civil, algunos medios de prueba, tales como la confesión y el juramento de decisorios, cuyo mecanismo procesal, como se verá, está en estrecha relación con el poder que las partes tienen de disponer de la relación sustancial: de suerte que el pleno rendimiento probatorio de estos institutos es posible solamente cuando la utilización de los mismos esté condicionada a la instancia de parte y a la valoración que cada una de ellas hace del propio interés. Pero, en general, el conferir al juez el poder de escoger y de utilizar por sí los medios de prueba que considere más idóneos para constatar la verdad en el ámbito delimitado por las peticiones de las partes, no está en oposición con el carácter disponible de la relación controvertida: el poder de disposición de las partes se manifiesta en señalar los límites del *thema probandum*, pero, dentro de estos límites, el reconocer al mismo juez que debe indagar sobre la verdad de los hechos alegados por las partes una cierta autonomía en la elección de los métodos de investigación, aparece como una necesidad de orden técnico, que no tiene nada que ver con el respeto a la voluntad de las partes. Se comprende, por tanto, que el nuevo Código de procedimiento civil, aun habiendo proclamado enérgicamente el mantenimiento del principio dispositivo considerado por él como “proyección en el proceso del derecho subjetivo”, haya podido, sin contradecirse, aumentar notablemente, aun en el proceso ordinario de tipo dispositivo, la iniciativa probatoria del juez otorgándole poderes mucho más amplios de los que tenía bajo el viejo Código: como aparece de las disposiciones, recordadas a título de ejemplo por la misma Rel. Grandi (n.29), que permiten al juez beneficiarse de la colaboración del asesor técnico con mayor facilidad, amplitud y continuidad de lo que le permitía la pericia escrita del viejo Código (arts.191 y sgtes.), de ordenar de oficio la inspección de personas o de cosas (art.118) o la exhibición en juicio de estas últimas (art.210); de ordenar reproducciones mecánicas o experimentos (arts.258 y sgtes.); de pedir informaciones a la administración pública (art.213); y, sobre todo, de ordenar en cualquier estado y grado del proceso la comparecencia personal de las partes para interrogarlas libremente sobre los hechos de la causa (art.117). Debe recordarse la disposición (art.317) según la cual, por el pretor y por el conciliador (no por el tribunal, salvo en las causas del trabajo), puede ordenarse de oficio también la prueba testimonial.

Se puede, para concluir, poner de relieve que el nuevo Código ha hecho corresponder a la naturaleza disponible de la relación sustancial controvertida la adopción en el proceso del principio dispositivo: pero ha considerado que el mantenimiento de este principio no es, en general, inconciliable (como tradicionalmente se enseñaba) con el poder del juez de escoger por sí los propios métodos de investigación. El viejo aforismo que imponía al juez decidir *secundum allegata et probata partium* permanece, pues, intacto, sólo en lo que se refiere a los *allegata partium*, que constituyen siempre el límite insalvable de la declaración de certeza del juez; pero, con respecto a los *probata partium*, el nuevo proceso disminuye notablemente su importancia, en cuanto confiere al juez, en proporción mucho más amplia que el viejo Código, el poder de encontrar por sí, sin esperar sugerencia de las partes, los medios más idóneos para alcanzar la verdad”.

Comentario:

Con una maestría especial, este connotado autor sostiene que otorgar algunas facultades probatorias al juez “no está en oposición con el carácter disponible de la relación controvertida”, ya que sólo en el *thema probandum* está excluida la participación de terceros distintos a las partes, siendo posible que el juez indague “sobre la verdad de los hechos” lo que “aparece como una necesidad de orden técnico”.

Agrega así, que el nuevo código que comenta hace compatible el principio dispositivo con el aumento de facultades probatorias del juez, señalando que del “viejo

aforismo” “*secundum allegata et probata partium*”, sólo los “*allegata partium*”son inamovibles más no la “*probata partium*”, en razón de que el juez debe poder recurrir a “los medios más idóneos para alcanzar la verdad”.

En síntesis, justifica estas medidas y no se pronuncia acerca de si las mismas afectan o no el principio de imparcialidad del juzgador.

JORGE CARRERAS⁴⁹

“La facultad más importante que se conoce a los Jueces y Tribunales en orden a la comprobación o averiguación de la verdad de los hechos discutidos por las partes, es la de practicar las que en nuestro Derecho reciben el nombre de diligencias para mejor proveer. Dispone el artículo 340 de la LEC que después de la vista o de la citación para la sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los Jueces y Tribunales acordar para mejor proveer: 1º Que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes. 2º Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados. 3º Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho. 4º Traer a la vista cualquiera autos que tengan relación con el pleito.

El Juez puede de oficio, en consecuencia, utilizar todos los medios de prueba ordinarios, salvo la testifical; la de confesión está expresamente prevista en el núm. 2; la documental, privada y de libros de comerciantes, está más que recogida en los números 1 y 4; y el número 3, en cuanto habla de reconocimientos de avalúos, permite que se acuerden reconocimientos judiciales lo mismo que dictámenes periciales. El artículo 630 de la LEC, luego de prever que no se repetirá el reconocimiento pericial, aunque se alegue insuficiencia del practicado o no haya resultado de acuerdo o dictamen de mayoría, dispone que, sin embargo, cuando el Juez lo crea necesario, podrá hacer uso de la facultad que le concede el art. 340, y acordar para mejor proveer, que se practique otro reconocimiento o se amplié el anterior, por los mismos peritos o por otros de su elección. Por ello en otras normas, como el Decreto citado de 1952, se utiliza la fórmula más simple a análoga de que “podrá el Juez antes de dictar sentencia acordar para mejor proveer la práctica de cualquier diligencia de prueba, excepto la testifical”.

Contra las providencias en que se acuerde la práctica de tales medidas no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la de que el Tribunal les conceda (art. 340, párrafo segundo).

Las diligencias para mejor proveer y las que se practican en la fase probatoria del proceso son diversas por la iniciativa y el momento procesal de acordarlas, en cuanto las primeras dependen del arbitrio del órgano jurisdiccional a diferencia de las segundas, y mientras éstas se verifican en la segunda fase del proceso, antes de las conclusiones, aquéllas se acuerdan por el Juez luego de la vista o de la citación para la sentencia. Son diversas también, ya que las de prueba deben practicarse con sujeción a las reglas preceptivas de la Ley, entre las que se hallan las relativas a la intervención de las partes; en cambio, las diligencias para mejor proveer no sólo son discrecionales del Juez o Tribunal en cuanto a su procedencia, sino además por lo que respecta a la intervención de las partes, que puede incluso ser negada totalmente. La misma presentación de documentos por las partes queda sujeta a los plazos previstos en los artículos 503 y siguientes, mientras que la aportación de oficio para mejor proveer no viene regulada por dichos preceptos.

⁴⁹ Carreras, Jorge: *Facultades Materiales de Dirección*, en Estudios de Derecho Procesal, de Fenech, Miguel y Carreras, Jorge, Librería Bosch, Barcelona, España, 1962, pág.260 y ss.

Se trata indiscutiblemente de una verdadera y propia facultad, de modo que las partes no pueden recurrir si el Juez hace uso de ella, y tampoco pueden alegar que el Juez tenga un supuesto deber de acordar tales diligencias, y aun cuando intentare fundarse en la equidad o en principios de Derecho, si el Juzgador estimó inoportuno el acuerdo.

Pero si ambas clases de diligencias son diversas por las razones apuntadas, no lo son en cuanto a su resultado; el Tribunal Supremo tiene declarado reiteradamente que las diligencias practicadas para mejor proveer tienen el valor legal y la eficacia probatoria que se concede a las practicadas a instancia de parte durante el período de prueba. De este modo, si los Jueces y Tribunales forman su convicción sobre un hecho por medio de diligencias practicadas para mejor proveer, no puede alegarse la infracción del artículo 1.214 del Código Civil, fundada en que a una de las partes incumbía la carga de probar aquel hecho.

Luego de lo dicho resulta obvio que la facultad concedida a los Jueces y Tribunales por el artículo 340 es el poder de dirección más importante que se concede al Juez por nuestro ordenamiento procesal en orden al tratamiento del objeto litigioso. Nótese bien, sin embargo, que esta facultad directiva material, como se dijo al principio, tiene por objeto la averiguación de la verdad de los hechos discutidos por la partes, y que no se supone en modo alguno un poder de disposición oficial sobre el objeto y sus límites. El Tribunal Supremo tiene declarado al efecto que la facultad inquisitiva de los Tribunales, constituida por la práctica de diligencias para mejor proveer, no puede extenderse a la introducción de hechos nuevos ni servir para que los Tribunales formen su convicción sobre hechos no alegados por las partes o alegados extemporáneamente.

Si los Tribunales de instancia, sirviéndose de esta facultad, amplían el objeto litigioso delimitado por las partes en su aspecto facticio, cabrá utilizar el recurso de casación por infracción de la Ley, fundado no en la infracción del artículo 340, sino en la del principio dispositivo sancionado por el artículo 359 que exige la congruencia de las sentencias con las pretensiones de las partes.

Por otra parte, si bien el Tribunal Supremo no ha querido discutir nunca la facultad inquisitiva de los Tribunales de instancia al amparo del artículo 340, ha recordado reiteradamente que los Jueces y Tribunales no deben abusar de ella, ni suplir con su ejercicio abusivo la inactividad de alguna de las partes. Siguen siendo los litigantes, por consiguiente, quienes tienen la carga de la prueba, y no deben esperar que el Juez supla su inactividad, sus errores o sus omisiones con el ejercicio de la facultad inquisitiva.

Cabe preguntar qué posición debe adoptarse frente a este consejo del Tribunal Supremo Español; se entiende por algunos que los poderes directivos del Juez deben ser aumentados, y llegar a alguna generalización de las diligencias para mejor proveer (en algunas naciones germánicas, correspondiendo con una considerable ampliación de los poderes directivos del Juez, se impone a éste el deber de esclarecimiento de los hechos, que obliga a interrogar a las partes para averiguar la verdad), lo que supondría abandonar el principio vigente en la actualidad de que la facultad inquisitiva es siempre subsidiaria o supletoria y debe utilizarse tan sólo para enmendar errores u omisiones accidentales no imputables a las partes, o para completar la actividad de éstas.

Entendemos que, aun sin las razones que luego diremos, debe ser mantenido el principio defendido por nuestra jurisprudencia. En el proceso civil se debaten ordinariamente intereses privados, y para la defensa de éstos nada mejor que hacer pesar sobre las partes la carga de la actividad; en cuanto al Juez, por un malentendido sentido de objetividad, descienda a la lucha y tome en ella parte activa, en tanto correrá peligro su imparcialidad y la objetividad misma que quería defender. El Juez está alejado de la interioridad de los negocios que ante él se debaten, y por ello debe dejar que la aportación de materiales de ipso y de jure sea realizada por las partes contradictorias.

Sólo cuando el Juez observa que una prueba ha dado un resultado absurdo o inverosímil, o se han cometido errores involuntarios, debe utilizar su facultad inquisitiva para no sancionar una injusticia, pero cuidando siempre de que el uso de dicha facultad no le convierta de Juez imparcial en parte interesada.

Es muy frecuente en la actualidad la petición de que se aumenten las facultades directivas e inquisitivas del Juez; pero, con razón, muchos autores recuerdan que en es-

te terreno ha de procederse en nuestra Patria con suma cautela, entre otras razones porque la tradición centenaria del riguroso principio de controversia ha creado en la administración de Justicia (jueces y justiciables) una mentalidad opuesta incluso al uso por los Tribunales de las varias facultades que el Derecho vigente les otorga.

Hasta tal punto es ello cierto, que las mismas diligencias para mejor proveer, como nos demuestra la experiencia cotidiana, rara vez es utilizada por los Jueces si no precede a una utilización la concreta petición de parte en el escrito de conclusiones o en el acto de la vista oral. Si la facultad inquisitiva respondiera a los fines para que ha sido creada, es obvio que la solicitud de los litigantes sería, sino ilícita, por lo menos mirada por los Jueces como ofensiva para su arbitrio y diligencia; por el contrario, es dudoso muchas veces que si la parte no pide la práctica de las diligencias, incluso por otrosí, el Juez las acuerde, de modo que las diligencias para mejor proveer han venido a constituir una segunda fase probatoria, que se diferencia de la primera en que la concesión del Juez a lo pedido por las partes no es obligatoria sino potestativa.

La razón es muy simple; la acumulación de trabajo en los Juzgados, y la sucesión de Jueces en ciertos casos a lo largo de un mismo proceso, es causa de que el Juzgador, en el momento de fallar, no haya seguido el pleito con atención e ignore por completo qué hechos han quedado probados y cuáles son dudosos e inciertos. Si espera a enterarse en el plazo que tiene para dictar sentencia, cuando llegue el momento en que esté capacitado para ejercitar su facultad inquisitiva, no podrá suspender el proceso y ordenar la práctica de diligencias sin incurrir en una infracción de las normas sobre plazos para fallar; por ello resulta más fácil, y normalmente más justo, acordar desde un principio las diligencias que hayan solicitado las partes, con la ventaja de que así no se deja a los litigantes en la indefensión y se gana un tiempo muy útil para el estudio de los autos.

Nada habría que oponer al fin y al cabo a esta disposición, que a nadie perjudica y a todos (Juez y litigantes) beneficia, si a veces no se incurriera en una conocida corruptela que atenta al principio de la rapidez en la sustanciación de los procesos; es bien sabido que, en algunos casos, las diligencias para mejor proveer son acordadas única y exclusivamente para dilatar el plazo concedido al Juez para dictar sentencia, y con este fin, tan alejado del previsto en la Ley, se practican a veces diligencias probatorias inoperantes, en las que se invierte un tiempo excesivo.

Hemos de concluir, por tanto, en el sentido de que los Jueces y Tribunales tienen en la actualidad las facultades directivas precisas para evitar la comisión de injusticias; en cuanto a la concesión de mayores facultades, salvo por lo que se refiere a la posibilidad de acordar de oficio el recibimiento del pleito a prueba, podría suponer

aventura muy peligrosa, que llegara a atentar con el bien supremo de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales”.

Comentario:

Este autor reconoce el carácter facultativo de estas medidas probatorias destacando una serie de aspectos relevantes de las mismas.

En primer lugar, que resulta absolutamente lícito y legítimo o legal que el tribunal forme su convicción sobre una prueba rendida a consecuencia de su propia iniciativa sin que ello infrinja norma legal alguna.

En segundo lugar, que el objetivo de estas medidas es “la averiguación de la verdad de los hechos discutidos por las partes”, reconociendo que estas facultades son expresión propia de una facultad inquisitiva de los tribunales sin que por ellas puedan los jueces introducir “hechos nuevos” o “hechos no alegados por las partes o alegados extemporáneamente”.

A continuación y adentrándose en una limitación más profunda de estas medidas en resguardo del principio rector del proceso civil como lo es el dispositivo, considera Carreras que con ellas corre peligro la imparcialidad y objetividad del juez y de ahí que, a fin de no convertir al *juez imparcial en parte interesada*, sólo podrá utilizar estas facultades cuando observe “que una prueba ha dado un resultado absurdo o inverosímil, o se han cometido errores involuntarios”, lo que por cierto constituye una posición más decidida en cuanto a delimitar estas medidas, pero no ciento por ciento, como debería ocurrir en mi concepto.

Con las limitaciones comentadas, concluye este autor que estas facultades directivas del juez le permiten y son precisas “para evitar la comisión de injusticias” reconociendo que puede “suponer una aventura muy peligrosa que llegara a atentar con el bien supremo de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales”.

Finalmente, si bien hace mención concreta a la falta de imparcialidad del juez al decretar estas medidas sólo lo hace en forma condicional o como posibilidad utilizando el vocablo “puede”, a diferencia de mi opinión, en que el mismo se reemplaza por una certeza de que se afecta el principio de imparcialidad al decretarse estas medidas.

MARIO CASARINO VITERBO⁵⁰

“Son diligencias probatorias decretadas de oficio por el tribunal, una vez puesto el proceso en estado de sentencia, a fin de quedar en condiciones adecuadas para dictar un mejor fallo.

Desde el punto de vista del derecho procesal orgánico, constituyen una de las más importantes excepciones al principio o base fundamental de organización de los tribunales, llamado de la pasividad de los mismos (art.10, inc.1º, C.O.T.); y en cuanto a su aspecto de derecho procesal propiamente dicho, integran la teoría general de la prueba.

Son elementos esenciales de las medidas para mejor resolver, los siguientes: la *oportunidad* en que se decretan, o sea, puesto el proceso en estado de sentencia, dicho en otros términos, citadas las partes para oírlos; su *iniciativa*, la cual corre exclusivamente a cargo del tribunal, debiendo, por lo tanto, decretarlas de oficio y sin sugerencia alguna de parte interesada; su *finalidad*, ya que tienen por objeto dejar al tribunal en condiciones adecuadas frente al problema fáctico suscitado en el proceso; y, por último, el *control de las partes* litigantes, desde el momento en que se decretan con conocimiento, o sea, pudiendo llevarse a efecto desde que se noticia a las partes de lo resuelto (arts.69, inc.2º, y 159, inc.1º, C.P.C.).

Ahora bien, las medidas para mejor resolver son:

1º La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes (art.159, Nº1, C.P.C.).

La necesidad del documento, para un mejor esclarecimiento del derecho de los litigantes, es un problema que juzga el propio tribunal; y puesto que la ley no distingue, podrá ser un documento público o privado, y ya se encuentre en manos de las partes, o de terceros.

2º La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados (art.159, Nº2, C.P.C.)

Estos hechos, por consiguiente, deben reunir dos condiciones o requisitos: ser de influencia en la cuestión debatida y no haber resultado probados.

Se trata de una confesión judicial provocada, de manera que la incompetencia de la parte, o su negativa a prestarla, deberá sancionarse en la forma prescrita en el artículo 394 del Código de Procedimiento Civil.

3º La inspección personal del objeto de la cuestión (art.159, Nº3, C.P.C.)

4º El informe de peritos (art.159, Nº4, C.P.C.)

5º La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios (art.159, Nº5, C.P.C.)

Nótese que el tribunal no puede ordenar la comparecencia de nuevos testigos; ni menos, que los testigos que ya declararon depongan sobre hechos nuevos.

6º La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito (art.159, Nº6, C.P.C.)

Se trata de una clase especial de prueba instrumental, porque los autos deben ser encasillados dentro de los instrumentos públicos.

⁵⁰ Casarino Viterbo, Mario: *Manual de Derecho Procesal*, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1974, Tomo IV, pág.207 y ss.

En este último caso, ellos no quedarán en poder del tribunal que decreta esta medida, sino el tiempo estrictamente necesario para su examen, no pudiendo exceder de ocho días este término si se trata de autos pendientes (art.159, inc.2º, C.P.C.).

Si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término de prueba breve e improrrogable, limitado a los puntos que el mismo tribunal determine (art.159, inc.3º, C.P.C.).

Las providencias que se expidan en conformidad al artículo 159 del Código de Procedimiento Civil serán inapelables; salvo las que decretan el informe de peritos y las que abran el término probatorio antes indicado, siempre que sean pronunciadas por un tribunal de primera instancia (art.159, inc.final, C.P.C.)”

Comentario:

En su conocido *Manual de Derecho Procesal* de 1974, destaca el profesor Casarino el carácter de excepción a la base fundamental de funcionalidad organizacional de los tribunales de justicia, cual es la pasividad de los mismos que emana del art. 10. inc. 1º del C.O.T. y que además integra la teoría general de la prueba. De su texto, eminentemente analítico de la norma, no advertimos ninguna postura crítica acerca de la procedencia y conveniencia de estas medidas probatorias.

CARLOS J. COLOMBO⁵¹

“El juez y la adquisición de pruebas

Equilibrio entre el sistema dispositivo y la tendencia publicística.

El juez debe ser el director del proceso (sistema publicístico). En el orden natural de las cosas a las partes espontáneamente les interesa probar, para demostrar que la versión de los hechos que ha dado es la que se ajusta a la verdad, descalificando a la que ha dado a la contraria.

Contenidos pues por la inviolabilidad de la defensa en juicio y el respeto a la igualdad de las partes, los poderes instructorios del juzgador son convenientemente amplios. Así los perfila el art. 36, inc. 2º.

Art. 36: “*Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales podrán: 1º Tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso. A tal efecto, vencido el plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias.*

2º Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A este efecto, podrá: a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito. La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento. b) Decidir en cualquier estado

⁵¹ Colombo, Carlos J., Alvarez Juliá, Luis, Neuss, Germán R.J. y Porcel, Roberto J.: *Curso de Derecho Procesal Civil*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992, Tomo I, pág. 522 y ss.

de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el art. 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario. c) Mandar, con las formalidades prescritas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de los terceros, en los términos de los arts. 387 y 389. d) Ejercer las demás atribuciones que la ley le confiere (...)”.

REEMPLAZO DE LAS ANTIGUAS “MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER” .-Dicho poder-deber consiste, por tanto, en la atribución conferida al juzgador de asumir pruebas no ofrecidas por las partes. Puesto que él es quien debe decidir, debe tener los medios para que se consagre con la mayor aproximación posible la verdad real de suerte que el elemento fáctico de su decisión tenga como presupuesto los hechos como efectivamente han acontecido

En nuestro sistema esta atribución del juez se mueve en un área delimitada por los siguientes principios: a) En términos generales, la medida judicial no puede suplir la omisión, la inercia o el error de la parte (art. 372, último párrafo y Cód. Civ., nota al art. 3964. b) El juez no debe tramitar el pleito, dando por ignorada la existencia de las partes. c) La circunstancia de que es una facultad-poder significa que su ejercicio queda librado al prudente arbitrio del juzgador; debe disponer las medidas sólo si son indispensables y dentro de los límites legales, que son: respetar la efectividad del derecho de defensa y mantener la igualdad.

En nuestro país, son los tribunales los que han expresado que las diligencias para mejor proveer sólo se justifican cuando son realmente necesarias.

Y muy claramente se ha señalado que la actividad probatoria debe recaer sólo sobre hechos alegados en los escritos constitutivos del proceso, o bien aducidos y admitidos como hechos nuevos; en caso contrario, se vería transgredido el principio de congruencia. Los que no han sido alegados no pueden ser materia de verificación, y por tanto, también le está vedado al juez investigar su existencia.

Si la ley ha establecido formas y estructurado tipos de procesos sobre la base de que cada parte debe demostrar (probando) la verdad de lo que sostiene, ello se debe no sólo a que no hay nada mejor que el contrapuesto interés para evidenciar la verdad, sino también porque ese sistema es el que ofrece mayor adecuación a la garantía de la seguridad jurídica”.

Comentario:

Este autor intenta demostrar la posibilidad de un equilibrio conveniente entre el sistema dispositivo y la tendencia publicista, reconociendo límites al ejercicio de las facultades probatorias.

Sin embargo, esta obra no se pronuncia sobre la vulneración del principio de imparcialidad investigada en el presente trabajo.

EDUARDO J. COUTURE

“La parte a quien una diligencia decretada para mejor proveer coloca en condiciones de inferioridad, considera siempre el magistrado ha comprometido la imparcialidad que debe presidir su acción. Es necesario prevenir esta suposición, con una noción lo más firme posible.”⁵²

⁵² Couture, Eduardo: *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Casa A. Barreiro, Montevideo, Uruguay, 1932; Obra citada por Santiago Sentis en *Las medidas para mejor proveer*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires, Argentina, 1991, pág.452.

“Las diligencias para mejor proveer no pueden suplir las negligencias de las partes”.⁵³

“Si la resolución del juez que acuerda medidas para mejor proveer es irregular y atentatoria, por causar gravamen irreparable, debe suponerse apelable para ante superior”.⁵⁴

En cuanto a la intervención de las partes en estas diligencias, Couture propugna:

“Que se siga el sistema establecido por la ley española, señalando el juez el carácter y la extensión de la intervención de las partes; pero naturalmente, se plantea el problema de que el juez no haga tal determinación. Si ocurre así, no se puede impedir a la parte que presencie el diligenciamiento de la prueba”.⁵⁵

Comentario:

El insigne maestro uruguayo, con su precisión y claridad acostumbrada, pone de relieve que con estas medidas se compromete la imparcialidad del juez, aspecto del todo relevante para sustentar la tesis de esta investigación.

MAURO CHACÓN CORADO Y JUAN MONTERO AROCA⁵⁶

“AUTO PARA MEJOR PROVEER, RESOLVER O FALLAR

Diligencias para mejor proveer o fallar

En el derecho castellano no existía norma alguna en virtud de la cual pudieran los jueces acordar de oficio, y una vez realizadas las conclusiones, la práctica de medios de prueba. Fueron los tribunales de España y los tribunales de Iberoamérica, los que introdujeron esta posibilidad que, luego, se asumió en los códigos, aunque en la actualidad un sector de la doctrina se inclina por suprimirlo.

Concepto y naturaleza

Después de la vista se abre el plazo impropio de quince días para que el juez dicte la sentencia (art. 142 de la LOJ); durante ese plazo el juez o tribunal, antes de pronunciar su fallo, puede acordar para mejor proveer o fallar..., comienza diciendo el art. 197 del CPCYM y, a continuación, hace una enumeración de diligencias que, en realidad, son medios de prueba. La comprensión de esta actividad pasa por establecer sus tres notas caracterizadoras:

a) *Facultad de dirección material*

En el proceso civil las diligencias para mejor fallar o proveer deben ponerse en relación con el principio de aportación de parte, y con relación a él suponen una excepción a la regla de que son las partes las que pueden determinar los medios de prueba que han

⁵³ Ibidem, pag. 455.

⁵⁴ Ibidem, pag. 458.

⁵⁵ Ibidem, pag. 460.

⁵⁶ Chacón Corado, Mauro y Montero Aroca, Juan: *Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco*, Editorial Magna Terra, Guatemala, 1999, Volumen II, pág. 198 y ss.

de practicarse en el proceso. Por eso han de caracterizarse como una facultad de dirección material del proceso que se reconoce al juez.

Las diligencias para mejor proveer no suponen una “facultad inquisitiva” concedida al juez, porque las mismas no implican una excepción al principio dispositivo, sino que lo es del principio de aportación de parte y, aun dentro de éste, no se refiere a la carga de aportar hechos al proceso, que sigue plenamente en manos de las partes.

b) *Actividad probatoria*

Aunque el art. 197 elude hablar de actividad probatoria, la doctrina no ha dudado en considerar que la actividad que se realiza en las diligencias para mejor fallar o proveer tiene esa naturaleza, aunque no puedan acordarse todos los medios de prueba.

c) *Actividad facultativa*

Aunque se ha repetido por la doctrina que el acordar o no la práctica de estas diligencias es una facultad discrecional del juez, conviene tener en cuenta que en este contexto de discrecionalidad equivale a hacer lo que se debe hacer teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, no a facultad arbitraria.

La decisión judicial debe moverse entre los extremos que suponen que:

- 1) El juez no debe suplir la inactividad ni la negligencia de una de las partes,
- 2) Debe evitar que la falta de prueba conduzca a una solución judicial contraria a los derechos de las partes.

Entre estos extremos debe moverse el juez y para ello el art. 197 sí le reconoce una facultad de decisión, contra la que no se admite recurso alguno.

- 1) Traer a la vista cualquier actuación que tenga relación con el proceso.

Con esta expresión, en la que se ha sustituido la palabra “autos” por la de “actuación”, respecto de la citada Ley española, lo que se está diciendo es que el juez o tribunal puede acordar que se tenga en cuenta otras actuaciones otros expedientes que tengan relación con el proceso que debe fallar (porque son parecidos o iguales los antecedentes o porque se ventila la misma o parecida cuestión).

El art. 197 no alude a la posibilidad de que para mejor proveer se pida “confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados”, que es lo que decía la Ley española de 1855, pero puede que no lo haga porque el art. 130 ha dicho antes que la declaración de la parte, bajo juramento, puede realizarse en cualquier estado del juicio en primera instancia, de modo que aludir a ella entre las diligencias para mejor proveer pudo entenderse una redundancia. Otra cosa es que la práctica forense no la admita, como consecuencia de no haber comprendido que las diligencias para mejor proveer nacieron sobre todo, para poder pedir el juramento de alguna de las partes.

El medio de prueba que sí se excluye, y claramente, es la declaración de testigos. La razón de ser de ello, dejando a un lado la desconfianza que el ordenamiento jurídico siente por la prueba testifical, es que no puede permitirse que el juez utilice su conocimiento privado de los asuntos, su conocimiento adquirido como ciudadano, para traer al proceso personas que él sabe que presenciaron los hechos que se han de juzgar.

Debería haberse tenido en cuenta que los testigos pueden encontrarse en alguna de estas posiciones:

- 1) Personas que fueron propuestas como testigos por las partes, pero a las que no pudo recibirse declaración por cualquier circunstancia,
- 2) Personas que no fueron propuestas por las partes, pero cuyos nombres y circunstancias conoció el juez a través del proceso, y

- 3) Personas de las que no se hizo mención alguna en el juicio, pero de las que el juez sabe por su conocimiento privado de los hechos.

De estos tres grupos de personas es indudable que el tercero debería quedar excluido de las diligencias para mejor proveer, pero no se nos ocurre porqué han de excluirse las personas de los otros dos grupos.

Si, como estamos diciendo, se trata de la práctica de verdaderos medios de prueba, la actividad que debe desarrollarse es la propia de cada uno de los medios, si bien el art. 197, párrafo 3º, dice que las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el tribunal le conceda. Esta disposición es un profundo error pues, si se trata de actividad probatoria, las partes deben tener en ella toda la intervención que les es propia en los correspondientes medios de prueba; de lo contrario puede acabar convirtiéndose en actividad inquisitiva.

a) Recursos

Si el acordar diligencias para mejor proveer es facultad del juez se entiende que contra las oportunas resoluciones no se admita recurso alguno. El acordar las diligencias puede hacerse también en el recurso de apelación, pero no en el de casación, dado el contenido casi exclusivamente jurídico de este último”.

Comentario:

Explicando el proceso civil guatemalteco, estos conocidos autores sostienen que dichas medidas no son excepción al principio dispositivo, sino al principio de aportación de parte y de ello concluyen que no son facultad inquisitiva.

Luego, mencionan las limitantes a esta excepción: no suplir inactividad ni la negligencia probatoria de las partes y evitar la producción de prueba que lleva a solución “contraria a los derechos de las partes”, sosteniendo que los jueces pueden actuar dentro de esos dos límites.

No se pronuncian acerca de la afectación del principio de imparcialidad con estas medidas.

VÍCTOR DE SANTO⁵⁷

“No obstante que la vigencia estricta del principio dispositivo requeriría que se confiase exclusivamente a la iniciativa de las partes la posibilidad de suministrar la prueba indispensable para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, la generalidad de las leyes procesales, inclusive las más firmemente adheridas a dicho principio, admiten, en mayor o menor medida, que el material probatorio incorporado al proceso por los litigantes sea complementado o integrado por la propia iniciativa del órgano jurisdiccional.

⁵⁷ De Santo, Víctor: *Diccionario de Derecho Procesal*, Segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1995, pág.227 y ss.

Sin necesidad de incursionar en la fatigosa polémica relativa a la exacta dosificación de los poderes del juez, ni de adherir a alguna de las fórmulas extremas o intermedias que se han propuesto con ánimo de esclarecer ese problema de política procesal, la más clara justificación de la facultad que analizamos reside, pura y simplemente, en la necesidad de que la norma individual con que culmina el proceso sea una norma justa. Si bien, en efecto, sólo a las partes incumbe la aportación de los hechos sobre los cuales debe versar dicha norma, y ésta debe respetar, en principio, los hechos afirmados concordantemente por ambas partes, no ocurre lo mismo cuando media divergencia acerca de la existencia o inexistencia de los hechos y la actividad probatoria de las partes no resulta suficiente para engendrar el pleno convencimiento del juez. En esta hipótesis entran a jugar razones de justicia que no resultarían satisfechas si el juez, pese a la duda que le deparan las constancias del proceso, se limitase a aplicar mecánicamente las reglas relativas a la distribución de la carga de la prueba.

Sistema del Código Procesal argentino: El ordenamiento procesal de nuestro país establece, como regla general, que los jueces están facultados para ordenar, de oficio, las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el Derecho de defensa de las partes.

Asimismo, consagra aplicaciones particulares de esta regla, en cuanto autoriza a los magistrados para disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito, decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de los testigos, peritos y consultores técnicos para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario, y ordenar que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de los terceros.

Igualmente, en numerosas disposiciones referidas a la producción de los medios de prueba en particular, el Código autoriza a los jueces el ejercicio de facultades instructorias: de oficio pueden interrogar a las partes, en la audiencia de absolución de posiciones, sobre todas las circunstancias que fueren conducentes a la averiguación de la verdad; pedir a las partes, en la audiencia destinada a la recepción de declaraciones testimoniales, las explicaciones que estimen necesarias sobre los hechos; disponer la declaración en el carácter de testigos de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa y ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo; agregar nuevos puntos de pericia a los propuestos por las partes; etc.

Las facultades instructorias de los jueces se hallan sujetas a tres clases de limitaciones:

- a. *Limitación fundada en la vigencia del principio dispositivo:* Según esta primera limitación, a los jueces les está vedado disponer la producción de diligencias probatorias no referidas a hechos controvertidos, de modo que quedan excluidos del ámbito de las facultades instructorias de los jueces tanto los hechos no afirmados por ninguna de las partes cuanto los afirmados por una de ellas y expresamente admitidos por la otra, y siempre que, en este último supuesto, la pretensión verse sobre derechos disponibles.

En algún caso se ha resuelto que la admisibilidad de la prueba de oficio se halla condicionada al requisito de que las partes hayan producido alguna prueba, por deficiente o elemental que ella sea.

Corresponde hacer notar, asimismo, que las facultades instructorias acordadas a los jueces no están destinadas a excluir o sustituir la actividad probatoria que incumbe a las partes, y que éstas deben desarrollar de acuerdo con las reglas relativas a la distribución de la carga de la prueba.

Por lo tanto, la actividad judicial en materia probatoria reviste carácter complementario con respecto a aquella carga de las partes, y su objetivo consiste en despejar las dudas con que tropiece el convencimiento del juez en aquellos supuestos en que la prueba producida por las partes no sea lo suficientemente esclarecedora.

- b. *Limitación fundada en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el proceso:* Esta segunda prohibición se asienta en la prohibición de que las facultades instructorias concedidas por la ley a los jueces puedan ser ejercidas para suplir la negligencia en que hubiere incurrido cualquiera de las partes en la producción de la prueba por ella ofrecida, ya que lo contrario importaría afectar la igualdad entre los litigantes que, precisamente, los jueces tienen el deber de mantener.
- c. *Limitación fundada en la garantía de la defensa en juicio:* La tercera limitación exige que el ejercicio de las facultades sub examine se realicen de modo compatible con el Derecho de defensa de las partes, implicando ello, en términos generales, que los litigantes deben gozar de una razonable oportunidad de controlar el diligenciamiento o el resultado de las medidas probatorias dispuestas de oficio.

A pesar de que en algunos casos se ha resuelto que pueden indicarse al tribunal, el ejercicio de las facultades instructorias, con las limitaciones y el alcance de ellas, no es exigible por las partes, y dependen exclusivamente de la iniciativa y el arbitrio del órgano jurisdiccional”.

Comentario:

Este autor destaca en primer lugar que “la generalidad de las leyes procesales” admiten la posibilidad de que la prueba sea aportada por el juez a fin de complementar o integrar la incorporada al proceso por las partes, justificándose ello en la necesidad que la sentencia represente una solución justa al caso particular.

Comentando el Código Procesal Argentino, De Santo menciona que existen facultades probatorias de oficio para “esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes”, lo que en mi concepto es errado y contradictorio ya que no se respeta el derecho de defensa en especial del demandado cuando se decretan estas medidas. Así, debería reconocerse y aceptarse que lo que justifican estas medidas, para aquellos que las consideran aceptables o convenientes, es lisa y llanamente acceder a la demanda cuando el juez necesita complementar o rendir la prueba insuficiente o bien omitida, soportando aceptar de que ello vulnera la imparcialidad del sentenciador en perjuicio potencial del demandado.

A continuación alude a clases de limitaciones en la procedencia de estas medidas y referidas a que estas medidas sólo pueden relacionarse con los hechos controvertidos por las partes; que exista algún tipo de prueba producida por las partes, aunque sea insuficiente; que las mismas no afecten el principio de igualdad de las partes en el proceso, el cual “los jueces tienen el deber de mantener”; lo cual, en mi opinión, es un requisito imposible de cumplir por cuanto el sólo decretarlas ya importa vulnerar tal principio de igualdad de las partes; y que las partes puedan tener “oportunidad de controlar el diligenciamiento o el resultado de las medidas probatorias dispuestas de oficio”.

Finalmente, tampoco se refiere este autor a la vulneración del principio de imparcialidad del juez que se produce objetivamente al decretar estas medidas.

JAIME DE SOLMINIHAC ITURRIA⁵⁸

Señala como excepciones a la regla general que:

“Citadas las partes para oír sentencia no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género, lo dispuesto en los casos de: sobre nulidad procesal (arts. 83 y 84), sobre solicitud de medidas precautorias (art. 290) y **decreto de medidas para mejor resolver** (art.159).

En todos ellos se admite la petición respectiva, no obstante la citación para oír sentencia, dada su importancia en el procedimiento”.

Comentario:

Este autor no trata mayormente estas medidas y no se refiere al punto relativo a la falta de imparcialidad del juez que se produce cuando se decretan estas medidas.

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA⁵⁹

“Lo fundamental del principio inquisitivo es la facultad oficiosa probatoria para la investigación de los hechos por iniciativa del juez. Esto equivale a decir que para ser dispositivo un proceso es suficiente que se les otorgue a las partes exclusivamente la facultad de disponer del elemento probatorio; y que para ser inquisitivo basta que se permita la investigación oficiosa de los hechos por el juez (su continuación, a pesar del desistimiento de la parte capaz, no es indispensable para que tenga esta fisonomía, aun cuando es un aspecto inquisitivo del proceso). En todo caso, así deben entenderse estos principios en sentido estricto; sólo en sentido lato se vinculan a la iniciación y continuación oficiosa o no del proceso, y a la facultad de decidir *ultra petita partium*.

Esto significa que los procesos civiles modernos (italiano, alemán, francés, austríaco, argentino, brasileño, mexicano, colombiano, ruso, etc.), son procesos inquisitivos, sin que por ello se les haya privado a las partes del derecho a aportar pruebas, e inclusive, sin que deje de existir la carga de la prueba, desde el momento en que corre el riesgo de su falta si el juez oficiosamente, por desconocerla o por falta de iniciativa, como lo observa atinadamente muchos autores y sin eliminar la necesidad de la de manda y la congruencia de la sentencia. Los demás códigos consagran procesos mixtos, por las facultades para mejor proveer y otras iniciativas que se permiten al juez. El proceso totalmente dispositivo no existe ya.

⁵⁸ De Solminihac Iturria, Jaime: *Compendio de procedimiento civil, reglas comunes juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Pandectas, Santiago de Chile, 1994, pág.679.

⁵⁹ Devis Echandía, Hernando: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Sexta edición, Editor Zavalia, Buenos Aires, Argentina, 1988, Tomo I, pág. 80 y ss.

Objeciones al proceso civil inquisitivo, en materia de pruebas, y su refutación

Las objeciones contra las facultades oficiosas del juez en la producción de la prueba para el proceso civil se reducen a éstas: que se trata de un litigio de interés privado, y que, por lo tanto, las partes deben ser libres de manejarlo según su leal saber y entender; que se perjudica a la parte desfavorecida con las pruebas decretadas de oficio, y que, por consiguiente, el juez debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aporten, para no romper su indispensable imparcialidad o neutralidad (Planiol, Ripert y Bonnier).

Tales razones son de tan débil contextura que no resisten el menor análisis. Se basan en la tesis, ya completamente rectificada, de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses particulares. Pero hace ya más de cincuenta años que la doctrina universal archivó esa concepción privatista y la sustituyó por la publicista, que ve en el proceso civil el ejercicio de la jurisdicción del Estado, tan importante y de tan profundo interés público como en el proceso penal, e igualmente le señala un fin de interés público o general: la recta aplicación de la ley material y la administración de justicia para la paz y la tranquilidad sociales.

Refutado el viejo concepto privatista del proceso civil, caen por su base los argumentos de quienes desean mantener maniatado al juez ante el debate probatorio. Porque si hay un interés público en que el resultado del proceso civil sea justo y legal, el Estado debe dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que las partes afirman en oposición, y nadie puede alegar un derecho a ocultar la verdad o a engañar al juez con pruebas aparentes u omisiones de otras; la imparcialidad del funcionario consiste en aplicar la ley al dictar sentencia, sin que en su criterio pasen otras razones que sus conocimientos jurídicos y las conclusiones a que llegue después del examen de los hechos y las pruebas, y sin que la amistad o enemistad, el interés o el afecto, tuerzan o determinen sus decisiones. Por otra parte, si se concibe la jurisdicción como un deber del Estado frente al derecho de acción del particular y no sólo como un derecho frente al deber de los particulares de someterse a ella, es apenas obvio que se otorguen al juez los poderes suficientes para cumplir adecuadamente con tal deber.

Como lo observa muy bien Carnacini, la disponibilidad del derecho material discutido en el proceso civil, nada tiene que ver con la disponibilidad de los medios probatorios para establecerlo; por lo cual aun considerando que el proceso civil versa sobre cuestiones de interés privado y derechos de libre disposición de las partes (lo que no es cierto en muchos casos) y olvidándose de que tiene un objeto y un fin de claro interés público (la recta aplicación de la ley y el ejercicio de la jurisdicción del Estado a los litigios privados), no puede obtenerse de ello argumento alguno en contra de las facultades inquisitivas del juez para llevar al proceso la prueba de los hechos sobre los cuales debe versar su sentencia.

Creemos que la democracia política, y, más concretamente, el principio de la igualdad de las partes en el proceso, se garantizan y se hacen efectivos otorgándole al juez facultades para que triunfe la verdad y la justicia, en vez de la habilidad o el poder económico (respetando el derecho de la parte a iniciar o no el proceso respecto a una determinada pretensión suya), con lo cual se consigue que no fracase el fin de interés general que se persigue con el ejercicio de la jurisdicción, por el descuido, la irresponsabilidad o la ignorancia de un apoderado. Creer, como Mittermaier, que a los gobiernos monárquicos de autoridad absoluta corresponde el proceso inquisitivo y a las democracias el proceso acusatorio, que depende de la iniciativa particular, es un gran error, ocasionado por la influencia del individualismo político y filosófico, muy en boga en su tiempo, y por el olvido de la realidad socioeconómica; es tanto como sostener que la democracia consiste en la absoluta autonomía de las voluntades individuales para que el débil y menesteroso goce de su ficticia libertad al convenir las condiciones de su contrato de trabajo o en abandonar al pueblo ante los monopolios y explotaciones organizadas de los artículos de primera necesidad para que se produzca el libre juego de la oferta y la demanda. Hace por lo menos medio siglo que los Estados abandonaron, en buena hora, esa concepción romántica pero engañosa de las libertades y la democracia. No comprendemos por qué no deba suceder lo mismo en el campo del proceso.

Países que lo han consagrado

Al estudiar las pruebas judiciales en el derecho moderno se ve que en los códigos de los países que marcan la mayor evolución de las ciencias procesales, se ha consagrado ya el principio inquisitivo en materia de pruebas para el proceso civil, tal como ocurre en Alemania, Italia, Austria, Rusia, Portugal, Francia (leyes de 22 y 23 de Diciembre de 1958, vigentes a partir del 2 de Marzo de 1959), Brasil, México (en algunos estados), Argentina (se consagró en varios de los Códigos de Provincias, como el de Buenos Aires y Santa Fe, y últimamente en el nuevo C. de Pr. C. Y Co. para la Nación, ley 17.454 de 1967, arts. 36, 2°, y 378, y en varios posteriores para las Provincias), Colombia y será consagrado en España, y Panamá, próximamente de acuerdo con las bases ya aprobadas. Reformas similares se están preparando en Venezuela, Ecuador y Uruguay. En los pocos países que mantienen códigos antiguos tienen los jueces más limitadamente esas facultades, a través de las llamadas providencias para mejor proveer, que la jurisprudencia se ha encargado de aplicar con la mayor amplitud. En los Estados Unidos de Norteamérica, pese a la indudable preponderancia de las partes en la dirección del proceso, existen abundantes facultades inquisitivas del juez. En las V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en Bogotá en 1970, se recomendó por unanimidad.

Conclusiones

Para que triunfe la verdad, para que se obtenga el fin de interés público del proceso y no sea éste una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los abogados litigantes, es indispensable que, además de la libre apreciación de las pruebas, el juez civil disponga de facultades inquisitivas para practicar las que, conforme a su leal saber y entender, considere convenientes al esclarecimiento de los hechos que las partes afirman. Sólo así se obtendrá la igualdad de las partes en el proceso y la verdadera democracia en la justicia.

Los países que no han traducido estas dos reformas en el proceso civil, están empleando el caduco e inservible criterio de la absoluta libertad individual, por fortuna superado ya en los campos económico y social. Las mismas razones que condujeron a eliminar el concepto del Estado gendarme, inútil guardián del templo sagrado de las libertades individuales, sirven para terminar con el criterio privatista e individualista de la justicia civil; así como es ridículo hablar hoy de la libertad de morirse de hambre, o de aceptar el único trabajo que se ofrece, así sea en ignominiosas o inhumanas condiciones, o de comprar a precio exagerado los artículos indispensables cuando no es posible hallarlos a otro distinto, también resulta absurdo hablar de libertad de perder los bienes o la familia o el estado civil cuando se aducen mejores pruebas, a pesar de hallarse éstas al alcance del juez, o cuando no se goza de mayores medios económicos para contratar un abogado más capaz, diligente y honesto, o simplemente cuando la habilidad lícita o ilícita de una parte logra disfrazar u ocultar la verdad a los ojos del juez, quien podría descubrirla y salvarla si dispusiera de facultades inquisitivas y de libre apreciación.

Sin estas dos facultades, la justicia depende de los errores o de las habilidades de los abogados en materia de pruebas, y no del juez; la función de éste se reduce a reconocer al vencedor, más fuerte y más capaz, en una modalidad de los duelos judiciales, que resultan diversos en cuanto a las armas empleadas, pero idénticos en cuanto al resultado absurdo e injusto. En un sistema dispositivo riguroso y con tarifa legal, no puede decirse que el juez administra justicia por la autoridad de la ley, sino que reconoce la justicia que las partes obtienen por su propio esfuerzo; y tanto la naturaleza que al proceso y a la jurisdicción les reconoce la doctrina moderna, como el fin que unánimemente les asigna, resultan completamente desvirtuados.

Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba

La dirección del debate probatorio por el juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es, el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosas o a solicitud de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso.

La imparcialidad del juez debe presumirse, a menos que exista alguna causal contemplada por la ley como motivo de impedimento y recusación, en cuyo caso su competencia subjetiva y moral para el proceso, no sólo para las pruebas, lo obliga a dejar su conocimiento voluntariamente, o lo somete a que sea reparado por otro juez.

No existe temor para temerle a la parcialidad del juez si se le otorgan facultades inquisitivas y libertad de apreciación, porque en el proceso dispositivo y con tarifa legal también pueden darse iguales injusticias e inequidades. Lo que ocurre es que no es posible una organización judicial sin presumir la imparcialidad de sus funcionarios. Por otra parte, existen los recursos, la segunda instancia y la casación para corregir las consecuencias de una parcialidad que no esté comprendida en ningún motivo de impedimento, y también existe la recusación, cuando tenga este carácter”.

Comentario:

El maestro Hernando Devis Echandía sostiene y propugna que el “proceso totalmente dispositivo no existe ya” en razón de que, para ser tal, es necesario que el sistema entregue sólo a las partes la facultad probatoria. Si existe facultad probatoria oficiosa por parte del juez, el sistema es inquisitivo.

Luego de descartar los argumentos que sostienen la conveniencia de un sistema puramente dispositivo, entre ellos la necesidad de un juez indispensablemente imparcial o neutro, concluye que la igualdad de las partes se garantiza o efectiviza al otorgar al juez facultades probatorias “para que triunfe la verdad y la justicia” no sin antes centrar sus fundamentos en un definido objetivo de evitar un resultado jurisdiccional no deseable consecuencia de lo que hoy conocemos como *mala praxis profesional*.

Finalmente, en cuanto a la imparcialidad del sentenciador, sostiene “que no es posible una organización judicial sin presumir la imparcialidad de sus funcionarios”, agregando que existen los mecanismos de control como recursos, casación, etc. para resguardar tal requisito indispensable del juzgamiento.

Pienso al respecto que nadie duda que todo sistema procesal debe basarse en la imparcialidad del sentenciador y tener sistemas de control como inhabilidades, recursos, etc.

El punto de análisis es más profundo y menos formal respecto de este principio de imparcialidad y es que si el mismo está o no en disposición de transarse en pos de otros objetivos deseables y en concreto si el uso de facultades probatorias por el juez, objetivamente implica o no afectar dicho principio y consecuentemente al de igualdad de las partes, aspecto sobre los cuales no existe pronunciamientos en esta obra.

VÍCTOR FAIREN GUILLEN⁶⁰

“El principio de obtención de la verdad material o formal: Si en un determinado sistema procesal el juez tiene amplias facultades – mejor, potestades- instructorias, puede dirirlas a la obtención de la “verdad material” de los hechos (Kisch, Pruppacher); esto es, en el tracto probatorio del proceso –predominantemente, sin perjuicio de sus potestades instructorias en otros “momentos procesales”, como v.gr., el del art.340 LEC española y concordantes, “diligencias para mejor proveer”- el juez es el que deslindará el “thema probandum”, organizará los medios de prueba y su utilización, a fin de, si no llegar a “conocer toda la verdad de los hechos ajenos” (esta verdad, podría hallarse en el “topos uranos” de Platón), llegar “lo humanamente más cerca posible de la misma (Siegrist), sin que las partes pudieran oponerse.

Para ello ha de ser muy útil a los jueces la posibilidad de constreñir (“contrainte”, incluso coerción física, detención, prisión, etc., en el proceso penal) a las partes; pero hacerlo, para imponerles la observancia de los llamados “deberes” de las mismas que les vengan impuestos por normas legales: de cooperación, de no gravar la administración de justicia inútilmente, de buena fe (cfr. el art.11 LOPJ, bienintencionada), de diligencia, etc. Mucho se ha escrito sobre tales “deberes” y su intensidad; sobre algunos, incluso se ha exagerado (p.ej., el “deber de no obstaculizar la labor del contrario” no puede excluir la propia defensa, naturalmente) en un movimiento de tal “publicación” del proceso, que lo dejaba reducido a una fachada administrativa externa (De Boor, Engelhard) en un sistema político totalitario de cosas.

Más que “deberes” o de “obligaciones” procesales de las partes, entendemos debería tratarse de “cargas” (Guldener, Goldschmidt); “cargas” que, impuestas bajo amenaza de “las preclusiones”, esto es, de perder la oportunidad procesal si no verifica una actuación en determinado momento (salvo la posibilidad, que debe ser extraordinario o, mejor, excepcional, de “recuperar plazos ya terminados”; cfr. el peligroso art.241 LOPJ), van a favorecer la concentración, y con ella la rapidez del proceso (Klein, Kisch): esto es, su “eficacia”, su utilidad “social” (Klein).

Pero esta amplitud en la búsqueda de la “verdad material” puede tener un límite cuando el litigio versa sobre intereses o derechos de tipo privado y disponible (extraprocesalmente): si con tales presupuestos, se deja que sean las partes las que den al proceso un determinado sentido y dirección en el ejercicio de su poder dispositivo (intraprocesal, pero con repercusiones iusmateriales, Niese); si son ellas las que, con sus alegaciones primero, y luego con la prueba de las mismas, delimitan el campo de actuación del juez, so pena de hacerle incurrir en incongruencia por exceso en su sentencia (los brocardos “ne eat iudex ultra petita partium”: “iudex debet iudicare secundum facta allegata et probata”), y propenden a llegar a límites en cuanto a la “averiguación de la verdad”; tan sólo les interesa dilucidar “aquella parte del campo de la verdad sujeta por ellas a proceso”, sin que el juez pueda excederse: esto es, se detienen con la “verdad formal” para ellas. Y este fenómeno es tan históricamente aceptado – siempre, naturalmente, en materias jurídicas extraprocesalmente dispositivas”- que los mismos ordenamientos, desde “juzgar” sobre “verdades formales” – sin perjuicio de abrir también posibilidades de un ulterior proceso más profundo sobre el “thema” en el cual se puede acercar más el juez a la “verdad material” - : ejemplos de ello son el clásico juicio sumario ejecutivo, especialmente sobre la base de letras de cambio (art.1429 y ss. LEC y esp. art.1465) y el proceso monitorio (sobre la base de una deuda plasmada en un documento privado; se invierten las situaciones de actor y demandado; tiende a ampliarse su aplicación, incluso en lo penal, como medio para superar la crisis de lentitud de la justicia: Fasching, Jolowicz, Cappelletti, Madlener, Ekelöf, Chiavario).

Frente a estas limitaciones en la posible investigación judicial a la “averiguación de la verdad material”, se debe abrir, cuando el interés o derecho litigioso es público, y se ha de respetar incluso con apoyo de la coerción jurisdiccional – la pena, proceso penal – esta posibilidad de los jueces de “acercarse lo más posible al conocimiento de la verdad material o real de los hechos”; de ahí que el campo de lo probatorio en materia penal sea más amplio que en lo civil; que se admita mayor intervención de los jueces en

⁶⁰ Fairen Guillén, Víctor: *Doctrina General del Derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, España, 1990, pág.392 y ss.

la preparación de las pruebas (Cfr. la LECRIM: facultades de los jueces instructores) y en la dirección de la misma en el “juicio oral”, ej. En art.708, 726, 729 LECRIM, aportando incluso “ex officio” art. últ. cit.).

En materia probatoria, la progresiva sustitución del concepto de “carga” de la prueba, deriva del principio dispositivo, por un “derecho de interrogatorio por el juez, e imposición a las partes del llamado deber de aclaración y veracidad” (sin llevarlo al extremo a que se llega en regímenes totalitarios: Von Hippel, Seydel, Hug), es una muestra más de las consecuencias del predominio en el proceso no penal (civil, laboral) del principio oficial”, “autoritario”, frente al “liberal” (Klein, frente a Wach, clásicamente: lo cual poco tiene que ver con el autoritarismo político: Alcalá-Zamora Castillo).

Esta tendencia del derecho procesal probatorio hacia la verdad material viene a ser un argumento a favor de que la estructura y función de la prueba es la misma en ambos procesos: prueba directa e indirecta, histórica y crítica, testimonio o documento, indicio, son ideas fundamentalmente únicas para el juez civil y para el penal (Carnelutti): la diferencia, quizás estriba en que la prueba civil y la penal se mueven en relación inversa: la autoridad del juez – decía Florían, hace sesenta años – llena la prueba penal, teniendo sometidas a las partes; en la civil, predominan las facultades dispositivas de éstas. Esto, que no está sujeto a revisión fundamentalmente, marca la trascendencia de hacer que presida el proceso – y el procedimiento, consecuentemente – el principio “oficial” (al que también, otrora, se llamaba “inquisitivo”) o bien el “dispositivo” – intraprocesal, naturalmente –“.

Comentario:

Este notable autor, bajo una visión y desarrollo filosófico, explica con acierto las dos posturas clásicas, reconociendo la aceptación histórica de la búsqueda de la “verdad material” por parte del juzgador, estableciendo límites cuando “el litigio versa sobre intereses o derechos de tipo privado y disponible”, llamando al resultado producido “verdad formal” derivativa de lo que las partes someten al proceso.

Un paso más profundo es concebir la existencia en el proceso de un “interés o derecho litigioso” de carácter público, permitiéndose, en tal perspectiva, una mayor amplitud probatoria por parte del juez.

Finalmente esta obra no se pronuncia sobre la parcialidad objetiva que se produce con estas medidas.

ANGELINA FERREYRA DE DE LA RUA⁶¹

“Lineamientos de la actividad probatoria: La tutela de la prueba es uno de los problemas que comprende la noción del proceso justo. Así lo ha expresado la Corte, al sentar que si los litigantes se han visto privados de producir prueba ello atañe al debido proceso legal. Esto implica que toda persona que resulte condenada en juicio debe haber tenido la posibilidad de ser oída, de conocer los cargos que se le formulan en su

⁶¹ Ferreyra de De la Rúa, Angelina: *La Simplificación Procesal*, en *Lineamientos para un Proceso Civil Moderno*, de Ferreyra de De la Rúa y González de la Vega de Opl, Cristina, Ediar editora, Buenos Aires, Argentina, 1997, pág.166 y ss.

contra y de producir pruebas a su favor. La garantía de la defensa constituye el supremo valor que legitima al proceso y, su resguardo, debe observarse en el desarrollo de toda actividad procesal. Por ello consideramos conveniente elaborar y determinar, las reglas y principios procesales que constituyen las guías para la solución de los problemas referidos a la prueba y su gestión.

En este orden de ideas explicitamos los principios y cómo deben verificarse en la actividad probatoria que proponemos, conforme a un criterio que mantiene los cartabones tradicionales y que vigoriza a otros, de acuerdo a reglas de actuación que sientan una visión diferente.

Creemos conveniente antes de entrar al tema en desarrollo, conceptualizar lo que debemos entender por prueba.

Muchas nociones de prueba han sido elaboradas por los más prestigiosos autores, quienes han puesto énfasis en alguna de las distintas aristas que presenta el asunto.

Por nuestra parte consideramos que la prueba es un método de comprobación o de verificación de los hechos afirmados por las partes en el proceso, y que funciona dentro de los límites del sistema dispositivo.

El modelo propuesto se diseña a partir de un sistema dispositivo, pero atemperado por rasgos publicísticos, en virtud de lo cual no se puede conformar con la mera verdad formal, sino que se propone la búsqueda de la “verdad jurídica objetiva”.

La noción de “verdad jurídica objetiva” ha sido elaborada por la doctrina de la Suprema Corte de la Nación expresando, en primer lugar, que no implica dar un nuevo concepto de verdad, sino de ponerlo dentro de sus justos límites: otorgando primacía a su esclarecimiento y evitando que por un excesivo rigor formal, se impida su obtención en la actividad judicial.

Como se advierte, esta figura nació en la Argentina estrechamente ligada al concepto de “exceso ritual manifiesto”; y, a su vez, ambas se han relacionado con la especie del servicio de justicia sus intereses y fines públicos. Sus límites están estacados por el ritualismo excesivo y la discrecionalidad. Así, si se hacen prevalecer reglas dispositivas puras, en desmedro de los fines del proceso, se incurre en el exceso ritual manifiesto que obra como un obstáculo para el acceso a la justicia.

De acuerdo a lo explicitado se puede afirmar, siguiendo el pensamiento del más Alto Tribunal de la República, que no se puede aceptar que el proceso civil sea conducido en términos puramente formales, olvidando consecuentemente la existencia de sus fines públicos o colectivos.

“Exceso ritual manifiesto” y “verdad jurídica objetiva” se presentan así, como términos correlativos y conectados por una relación de precedente a consecuente y viceversa. El exceso ritual impide la obtención de la verdad jurídica objetiva y, la verdad puramente formal, es una consecuencia de lo primero.

Cabe acotar que expresiones como “exceso ritual manifiesto” o “exceso de rigor formal”, “ritualismo”, “formalismo”, “rigorismo” son utilizadas con un significado equivalente a desnaturalización de las formas, por ponerlas al servicio de ellas mismas y no de los objetivos del proceso, ya que este es un método para averiguación de la verdad real y, si bien las formas constituyen por sí mismas una garantía del proceso justo, se trocan en “formulas” que generan un proceso injusto, ferulario. Las formas, en consecuencia, deben ser cumplidas como garantía de seguridad y equilibrio para el justiciable lo que no quita que su exigencia importe orientación, por un sentido de razonabilidad, en orden a sus fines. Esto deshecha una conducción puramente mecánica del proceso que, precisamente por ello, puede derivar en el ocultamiento de la verdad jurídica objetiva.

La noción impone, entonces, la posibilidad de que el juez ejercite atribuciones de complementación probatoria con fines de esclarecimiento de los hechos, cuando exista algún indicio o una prueba incompleta que evidencie una realidad distinta que se insinúa, antes de sentenciar lo actuado en la causa. Por ejemplo, en una causa por accidente de trabajo en la que la pericia es asaz defectuosa o aún falta, siempre que el

hecho generador haya quedado acreditado. El límite que se impone para el ejercicio de estas facultades está flanqueado por la garantía constitucional de igualdad de las partes ante la ley y la actitud desaprensiva de los contendientes. Es aceptado, en el moderno Derecho Procesal, que los jueces posean facultades para disponer medidas tendientes al conocimiento acabado de los hechos. Esto implica una flexibilización del sistema dispositivo. Por ejemplo: si para acreditar la propiedad de un automotor se acompaña una copia simple de un informe dominial visado por un escribiente, o si para acreditar el vínculo filial respecto de un hijo se acompaña la copia de la libreta de familia donde consta el nacimiento, sin que en ella se mencione la identidad de los padres, el tribunal debe, oficiosamente, ordenar las medidas tendientes a completar la prueba. Se presentan por ello, ciertas situaciones especiales, en las que se insinúa otra realidad distinta que puede ser decisiva para la suerte de la causa; puede manifestarse a través de indicadores, como algún elemento de prueba que lo haga verosímil. Advertimos, en estos casos, la necesidad de que el juez tenga facultades legales, que le permitan esclarecer la verdad real, que no deben limitarse sólo a las llamadas medidas para mejor proveer. Queda claro que esta actividad debe ser ejercida inteligente y prudentemente durante todo el desarrollo del proceso, siendo más probable su empleo en la audiencia preliminar y en la de vista de causa. No obstante, el Tribunal deberá, además, poner especial cuidado en esta búsqueda de dicha verdad, flanqueada por límites precisos que implica una morigeración de las reglas de negligencia probatoria. Por ejemplo si se ha ofrecido como prueba un expediente penal que hubiera sido traído al juicio en forma incompleta, esto es, el segundo cuerpo, faltando las actuaciones anteriores, o, si se trajo otro distinto del ofrecido pero con una carátula similar. Puede, el Tribunal es esta hipótesis ordenar de oficio la medida pertinente para que se subsane la deficiencia en la prueba.

Los cuerpos adjetivos prevén las facultades esclarecedoras de dos formas: a manera de medidas para mejor proveer o poniendo énfasis en las facultades de dirección que hoy deben tener los jueces (por ejemplo los arts. 36 inc.2, 61, o el art. 473 del C.P.N.). La falencia se manifiesta cuando estas atribuciones no son ejercidas como corresponde. Esto no significa asignarle al juez poderes autónomos de averiguación, sino simplemente de esclarecimiento de los hechos”.

Comentario:

En esta obra se reconoce al modelo probatorio, analizando su “método de comprobación o de verificación” enmarcado en el sistema dispositivo, “atemperado por rasgos publicísticos” que obligaría a no tener que conformarse con la verdad formal sino que debe perseguirse la verdad jurídica objetiva.

Arrancando este último concepto de la interpretación jurisprudencial de la Suprema Corte de la Nación, se posibilita el ejercicio de atribuciones para complementar prueba a fin de esclarecer hechos “cuando existe algún indicio o una prueba incompleta que evidencia una realidad distinta que se insinúa”.

El límite a ello es no afectar “la garantía constitucional de igualdad de las partes ante la ley”, agregando que estas facultades probatorias “no significa asignarle al juez poderes autónomos de averiguación, sino simplemente de esclarecimiento de los hechos”.

Su autora no se pronuncia en esta obra sobre el principio de imparcialidad del juez con relación a estas facultades probatorias.

ATILIO C. GONZALEZ⁶²

“Es necesario precisar los siguientes conceptos, diferenciados nítidamente por la doctrina; las diligencias para esclarecer la verdad de los hechos, y las medidas para mejor proveer.

Las diligencias reguladas con el objeto de esclarecer los hechos, sólo pueden ser ordenadas durante el período probatorio.

Las medidas para mejor proveer únicamente pueden ser dispuestas cuando las partes han producido la totalidad de las pruebas ofrecidas y, cerrado el debate, el juez debe dictar sentencia.

Aunque parezca obvio enfatizarlo, ambas alternativas sobreentienden el cumplimiento, durante la secuela regular del procedimiento contumacial, de una actividad probatoria desplegada, privativa y excluyentemente, a partir de la solicitud de la parte apersonada.

Naturaleza de las medidas para mejor proveer: Con respecto a las medidas para mejor proveer, en particular, cabe expresar otro tanto; pues, con apoyo en un criterio casi unívoco, respaldado por autorizadas voces doctrinarias – nacionales y de derecho comparado -, procede concluir que aquéllas no exhiben una naturaleza autónoma, pues son complementarias e integrativas de las pruebas producidas en la causa.

Adviértase que “esclarecer” no significa investigar ni averiguar, sino tan sólo poner en claro lo que ya está investigado y averiguado; lo cual no es sino una aplicación del principio dispositivo; según el que, en las causas civiles, el material de cognición debe ser aportado principalmente por las partes. Ese esclarecimiento de la verdad nunca puede llegar a invadir el terreno inquisitivo; constituye el último límite de la figura privatística y no el primero de la inquisitoria”.

Comentario:

Este autor efectúa una interesante distinción entre *diligencias para esclarecer la verdad de los hechos* las cuales, en su concepto sólo pueden regir en el período probatorio y las *medidas para mejor proveer*, que sólo pueden regir estando la causa en estado de sentencia.

Reconoce a continuación que estas medidas probatorias son “complementarias e integrativas de las pruebas producidas en la causa” a fin de esclarecer, lo que significa “poner en obra lo que ya está investigado y averiguado”; pero “no significa investigar ni averiguar” poniendo así de relieve que deben descartarse estas medidas como forma de producir prueba nueva.

⁶² González, Atilio Carlos: *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992, Volumen III, pág.83 y ss.

González tampoco se refiere a la falta de imparcialidad del juez cuando decreta estas medidas probatorias.

MANUEL A. GONZÁLEZ CASTRO⁶³

“En concreto, consideramos procedentes las medidas para mejor proveer cuando existe abundancia de prueba contradictoria entre sí que provoquen perplejidad en el juzgador, las que deben ser decretadas, siempre, conforme a las siguientes reglas restrictivas construidas por la doctrina y jurisprudencia.

1.- Reglas restrictivas. Reconocemos, como lo hemos sostenido que por lo general los códigos no explicitan las reglas restrictivas que han sido fruto de una ardua elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia que han visto la necesidad de limitar semejante poder que “confiadamente se confirió a los jueces y que transforman al proceso en instrumento de arbitrariedades”(Alsina).

En este sentido, reconocemos las siguientes reglas restrictivas:

- 1) Que en el litigio se haya ofrecido y producido pruebas contradictorias entre sí, “no pudiendo suplir la negligencia de las partes ni completar o integrar el proceso con lo que no fue aportado por las partes ni adoptar una actitud paternalista respecto de las partes” (jurisprudencia citada por Alvarado Velloso).
- 2) Que a pesar de las probanzas rendidas, el juez carezca de convicción firme acerca de la justa solución del litigio, lo que lleva a la perplejidad ya referida, ante la abundancia de pruebas contradictorias.
- 3) Que se decreten por el juez cuando la causa se halle conclusa para sentencia.
- 4) Que la medida ordenada tenga únicamente finalidad probatoria.
- 5) Que sea producto del espontáneo sentir del juez.
- 6) Que la medida sea legal.
- 7) Que se mantenga la igualdad de las partes, es decir desconocer el resultado de la misma y, en consecuencia, a quién va a beneficiar.
- 8) Que en la producción de la medida ordenada para mejor proveer se otorgue participación a los interesados.

2.- Corolario. Resulta, de lo antedicho, obvio, que el juez no puede como medida decretar la confesional de una de las partes, máxime si se piensa que quien en la confesión provocada formula la posición, confiesa primero, lo que conduciría a que al proponer la posición, el juez reconoce hechos a favor de una de las partes, violando la independencia, imparcialidad e impartibilidad, y con el peligro de haber adelantado opinión en la formulación de la posición.

Conclusiones

⁶³ González Castro, Manuel A.: *Facultades probatorias de oficio. Las medidas para mejor proveer*; Ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, celebrado en la ciudad de Azul, provincia de Buenos Aires, Argentina, los días 4 y 5 de Noviembre de 1999.

En un sistema dispositivo, de neto corte garantista, resulta improcedente el dictado de medidas para mejor proveer, salvo el caso de abundancia de pruebas contradictorias entre sí, cuando causa perplejidad al juzgador y con los límites explicitados al punto 1.

Si bien en las conclusiones del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de los Andes, 9 de Octubre de 1999) se reconocen dos posiciones en el tema “poderes de los jueces”, hemos de decir que ello no implica desconocer que la ideología de la Constitución Nacional es una sola y que en materia procesal es garantista”.

Comentario:

Mi talentoso amigo, abogado, profesor y co-maestrando cordobés Manuel González, siguiendo a nuestro común maestro Adolfo Alvarado, menciona y enumera restricciones importantes a estas medidas y concluye la procedencia de ellas exclusivamente a la existencia de “abundancia de pruebas contradictorias entre sí” y que ello cause “perplejidad al juzgador”.

Su aporte es muy significativo, pero importa no considerar que el principio de inocencia aplicable a todo sistema de enjuiciamiento, frente a pruebas contradictorias, legal y constitucionalmente importa absolver o rechazar la demanda. Y ello, más aún si existe una vulneración del principio de imparcialidad del sentenciador, cuando decreta estas medidas.

OSVALDO A. GOZAINI⁶⁴

“Las medidas para mejor proveer responden al principio de autoridad en el proceso desde que entroniza la figura del Juez como rector del instituto. Pero también estas medidas proponen esclarecer hechos, de modo tal que, en principio, no puede suprimir la contradicción inicial en base a investigar circunstancias o aportar medios que no fuesen ofrecidos por los litigantes. El principio de igualdad quedaría indefenso si el Juez obrara abusando de la discrecionalidad que obtiene, llegando a ser parcial y sin la debida distancia que caracteriza su gestión desinteresada.

Se afirma también que el órgano jurisdiccional verifica sin averiguar; esto es, comprueba pero no inquiere, porque esas son obligaciones (cargas) del propio interés.

Si no hay prueba ofrecida, no puede el Juez de oficio ordenar su producción. Empero tal rigidez debe instalarse en la distinción imperiosa entre fuentes y medios de prueba, porque unos responden a la disposición de las partes, y otros son resortes exclusivos del órgano judicial.

Las providencias en comentario ostentan, en nuestra opinión, una particularidad inicial que las contiene: ellas no pueden suplir la negligencia de las partes, pero tampoco pueden evadir, a sabiendas, el compromiso hacia la verdad y la justicia.

Las etapas a superar estribarían en el ofrecimiento, la producción, y la incorporación oficiosa de una prueba que propicie el esclarecimiento definitivo de los hechos.

⁶⁴ Gozaini, Osvaldo A.: *Teoría General del Derecho Procesal, Jurisdicción, acción y proceso*, Ediar Editora, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág.112 y 113.

Por eso interpretamos que, aún ante la ausencia de prueba ofrecida, puede el Juez convocarla y producirla si considera que, mediante ella, reportaría un elemento decisivo para solucionar el conflicto.

Asimismo, si llega a su conocimiento la existencia de una prueba que puede trascender en el proceso, y aún cuando fuera de testigos, podrá generar su desenvolvimiento sin quebrar por ello el principio de igualdad procesal, porque con esa decisión no sustituye la actividad de las partes, sino que tiende a despejar las dudas emergentes de la situación enojosa.

Comentario:

Este autor menciona que estas medidas tienen por objeto esclarecer hechos, pero sin que ellas puedan suplir la prueba no ofrecida por las partes, denunciando que el principio de igualdad se afectaría si el juez obrara abusando de su facultad discrecional, pudiendo en tal caso llegar a ser parcial.

Así, si no hay prueba ofrecida, el juez no puede ordenarla, ya que no se puede por esta vía suplir la negligencia de las partes, sin perjuicio de su *compromiso hacia la verdad y la justicia*.

Si bien Gozaini pone el acento en la parcialidad que se produce por parte del juez cuando decreta estas medidas abusando de su facultad, lo cierto es que ello se produce aún sin tal connotación negativa pues aunque no abuse sino sólo haga uso de las mismas, está vulnerando el principio de imparcialidad.

JAIME GUASP⁶⁵

“Excepcionalmente, no son las partes, sino el Juez, el que, dentro del derecho español, puede asumir una iniciativa probatoria. En efecto, la LEC permite a los Jueces y Tribunales que promuevan determinados actos, que ella llama *diligencias para mejor proveer*, y cuya significación de actividades probatorias no puede ser puesta en duda. El régimen de estas diligencias para mejor proveer está inadecuadamente emplazado en los arts. 340 a 342, y tres son las características fundamentales que imprimen a esta excepcional iniciativa del órgano jurisdiccional. Primera, la de producirse en el momento final del proceso, o, como la ley dice, después de la vista o de la citación para la sentencia y antes de pronunciar el fallo. Segunda, la de poder referirse a cualquier clase de pruebas, excepto la testifical, pues la LEC permite a los Jueces y Tribunales acordar para mejor proveer la confesión judicial de los litigantes, el reconocimiento o avalúo pericial que reputen necesario, incluso la ampliación de los ya hechos, la aportación de cualquier documento mencionado por separado a los autos que tengan relación con el pleito y la práctica de una inspección acular, que entra dentro del término general de reconocimiento que la ley emplea; quedando pues fuera de esta enumeración, aparte la prueba de presunciones, que no exige ningún procedimiento formal de realización, sólo la prueba de testigos, sin duda por la desconfianza que el legislador siente hacia esta

⁶⁵ Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Tercera edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1968, Tomo primero, pág.327 y 328.

clase de prueba. Tercera, que la resolución y ejecución de estas diligencias es puramente discrecional para el Juez, quien no está sujeto ni siquiera a la limitación de un tiempo objetivamente marcado, lo cual, dado el hecho de que la diligencia para mejor proveer paraliza el plazo para dictar sentencia hasta su resolución, supone en la práctica un retraso, muchas veces considerable, en la rápida resolución del litigio”.

Comentario:

Este ilustre autor, en su referida obra, no se pronuncia acerca de la conveniencia o inconveniencia de estas medidas y si ellas afectan o no algún principio básico del derecho procesal.

LENIN LILLO H.⁶⁶

Este autor siguiendo la postura del citado Carlos Anabalón señala:

“Una vez cumplidas las diligencias y trámites subsiguientes al vencimiento del término probatorio, el juez queda en situación de expedir el fallo definitivo de la causa en la forma y plazo determinados por la misma ley, salvo que estime necesario decretar previamente alguna o algunas de las medidas para mejor resolver, que aparecen establecidas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil. Esta facultad concedida a los jueces, no pueden ejercerla éstos caprichosamente, ni mucho menos; se trata de una excepción a la regla general que les impide proceder de oficio en la substanciación de los juicios; y, por consiguiente, dicha autorización debe amoldarse en su ejercicio a los términos estrictos que tanto la letra como el espíritu de la ley la conciben.

En primer lugar, para dictar tales medidas se exige que la causa se halle en estado de sentencia, lo que es igual a que aparezca ya finalizada la tramitación y cumplida la tarea que correspondió a las partes dentro del juicio, de donde resulta que el juez no está llamado entonces a suplir los medios de prueba y las defensas de ninguna de ellas sino, sencillamente, a esclarecer sus derechos, salvar los puntos dudosos o las deficiencias de que adolezca el proceso, en una palabra, a perfeccionar los antecedentes que ya existen y se conocen, con el fin de averiguar más a fondo y mejor la verdad del pleito y dictar así un fallo en condiciones de mayor acierto y justicia. La oportunidad para ello, como se ha visto, no puede ser más propicia ni su afán más legítimo, siempre que se proceda con absoluta imparcialidad y limitándose a los casos en que realmente se impone un método semejante.

Con cuánta razón se sostuvo el establecimiento de este precepto por la Comisión Revisora del Código, diciendo que “la ley debía mirar en el magistrado una persona imparcial y recta, empeñada en buscar la verdad; y no sospechar de él hasta el punto de vedarle los caminos de encontrarla; y que si realmente el sistema propuesto tenía sus inconvenientes, éstos no eran tales que de ordinario hubieren de ser superiores a los bienes que estaba llamado a producir”.

La Jurisprudencia de nuestros tribunales, por su lado, más de una vez ha confirmado las proposiciones anteriores y sentado como doctrina inamovible que:

“Para ejercitar la facultad que concede este artículo es menester que haya en los autos antecedente, alguna presunción de verdad a favor del hecho que debe ser establecido, alguna prueba aunque insuficiente que sirva en el sentido indicado, porque el

⁶⁶ Lillo H., Lenin: *Curso de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago de Chile, 1998, pág. 268 y ss.

presente artículo no dispensa al juez del deber primordial de fallar con arreglo al mérito de los autos, o sea, absolviendo o no la acción de la demanda”.

Se ha dicho asimismo, que “para que pueda prosperar la demanda es necesario que se pruebe la acción entablada”.

También en el propio texto de la ley tenemos la misma confirmación, esto es, que la facultad de los jueces en este sentido no es absoluta: así, por ejemplo la relativa a la comparecencia de los testigos, se limita a los que hayan declarado en el juicio y sólo cuando sus dichos sean oscuros o contradictorios y, todavía, con el único fin de que los aclaren o expliquen, de tal manera que esta medida no se justifica cuando sus declaraciones hayan sido dadas en forma clara y explícita. Lo mismo se deduce de lo dispuesto especialmente con relación a las medidas consignadas en los N°s 1, 2 y 6 del art.159 del C.P.C.

De las medidas en cuestión, mejor dicho, de su ordenación o de la resolución que las decreta, debe darse conocimiento a las partes, requisito indispensable para la validez de la misma diligencia y, aun, de la sentencia en que se las considere, ya que es imposible desconocer el carácter probatorio que revisten dichas diligencias, las cuales se decretan tanto a favor como en contra de todas y cada una de las partes que intervienen en el juicio. Por este medio, además, se ha querido dar la oportunidad de representar al tribunal la improcedencia o inconveniencia de las medidas decretadas, no obstante que las respectivas resoluciones son inapelables, salvo las que se dicten en los casos contemplados por el inciso final del mencionado artículo:

1°.- La primera de esas excepciones se refiere al informe de peritos, porque la medida, a más de innecesaria, puede ser dispendiosa para las partes;

2°.- y la segunda, a la apertura de “un término de prueba breve e improrrogable, limitado a los puntos de prueba que el mismo tribunal determine”, cuando “en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia”., en cuyo caso también se justifica la apelación oír la misma importancia de la medida, si bien este recurso sólo procede al tratarse de una resolución dictada por un tribunal de primera instancia.

El hecho que en ciertos casos, como el anotado, la ley conceda el recurso de apelación contra las resoluciones que decretan estas medidas, no significa que estas resoluciones dejen de ser meros decretos o providencias, que sólo tienden a determinar o arreglar la substanciación del proceso y, por consiguiente, de ningún modo son susceptibles, en si mismas, de los recursos de casación.

También es conveniente tomar en cuenta que si bien el expresado art.159 del C.P.C. faculta al juez para hacer consideraciones no aducidas por las partes y traer al proceso pruebas que ellas no rindieron, tal cosa no lo autoriza para prescindir de resoluciones ejecutoriadas que las mismas partes, o más propiamente una de ellas, obtuvo con anterioridad. Así, por ejemplo, no podrá el tribunal por este medio dejar sin efecto la resolución que hubiera dado por confeso al litigante en ciertos hechos.

Como verdaderas diligencias probatorias que son – aparte de lo preceptuado especialmente en el art.159 del C.P.C. – las medidas para mejor resolver deben practicarse previo decreto judicial notificado a las partes, conforme a la exigencia que formula el art.324 del C.P.C., de aplicación general, y corresponde a las mismas partes, por supuesto, la obligación de procurar que dicha notificación o conocimiento de la respectiva resolución judicial se efectúe oportunamente, lo mismo la de que esta resolución logre el debido cumplimiento. De modo, pues, que si el tribunal para mejor resolver, ordena agregar un documento al proceso, notificada que sea esta resolución, la parte a quien interesa la medida o el pronto fallo de la causa procederá a verificar esa agregación, hecho lo cual se dará citación del documento a todas las partes del juicio, toda vez que, en la especie, se trata de una agregación hecha por orden del tribunal, en uso de las facultades de oficio, diligencias que, como se ha dicho, son decretadas a favor como en contra de todos y cada uno de los litigantes.

La falta de dichas diligencias o el defectuoso cumplimiento de las mismas acarrearán necesariamente la nulidad de la sentencia que así se dictare, en vista de lo preceptuado al respecto por los arts.768 N°9 y 795 N°4 del Código de Procedimiento Civil.

Naturalmente, si el cumplimiento de estas diligencias correspondiera de un modo exclusivo a alguna de las partes, podrán las demás solicitar del tribunal que se apremie a aquélla con tal objeto, bajo apercibimiento de proceder a su costa, de prescindir de las medidas decretadas, u otros arbitrios que se estimen pertinentes. En principio, siempre corresponderá la práctica de las diligencias necesarias para llevar a cabo las medidas ordenadas por el tribunal al litigante que las haya invocado a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley para casos particulares o de lo que se resuelva judicialmente, en caso de una controversia sobre la materia.

Con tales salvedades y advertencias, la regla general es que las medidas para mejor resolver se ordenan con simple conocimiento de las partes; y se comprende que así sea, porque vista la causa queda cerrado el debate, por lo cual no procede el trámite de la citación que de suyo tiende a abrir la discusión.

Las medidas para mejor resolver pertenecen indistintamente a los tribunales de primera y de segunda instancia, y por lo que respecta a estos últimos, los jueces que las hayan decretado serán los únicos competentes para fallar la causa, si que sea necesario, una vez cumplidas, que la causa se ponga nuevamente en tabla, ya que ello sucede después de la vista y sin perjuicio del acuerdo.

Además, el tribunal de alzada no está impedido para decretar tales medidas por la circunstancia de que el tribunal haya hecho uso de esa misma facultad; ni siquiera por la de ordenarse una nueva de igual naturaleza que la cumplida en primera instancia, siempre que los antecedentes del juicio justifiquen este procedimiento, como quiera que la ley ha concedido expresamente a uno y otro dicha facultad, la que sólo puede serles coartada por la misma ley”.

Comentario:

En 1998, el profesor de Derecho Procesal Lenin Lillo H. se refiere a las medidas para mejor resolver justificándolas en la necesidad de perfeccionar los antecedentes del pleito para dictar un fallo “en condiciones de mayor acierto y justicia”, debiendo procederse con “absoluta imparcialidad”. Expone luego que su objetivo es legítimo, no obstante que reconoce que a través de ellas “el juez no está llamado entonces a suplir los medios de prueba y las defensas de las partes”.

Interesante es también su afirmación de que estas medidas “se decretan tanto a favor como en contra de todos y cada una de las partes que intervienen en el juicio” y que a través de ellas se “faculta al juez para hacer consideraciones no aducidas por las partes y traer al proceso pruebas que ellas no rindieron.

Respecto de la primera afirmación, estimo que su aserto se basa en que efectivamente el juez no tiene en su voluntad favorecer intencionalmente a una de las partes en perjuicio de la otra, cuestión que ya hemos dicho está fuera de toda duda y discusión, por una parte; y por la otra, en que tampoco conoce *a priori* o al decretarlas puede presuponer el resultado, y por lo tanto, a quién favorecerá o perjudicará la prueba que se materialice. Por esta vía, sin embargo, ello no da respuesta a la necesaria imparcialidad que se produce a favor del demandante cuando se decreta una de estas medi-

das, pues como también ya he indicado, al demandado nunca le favorecerá, ya que a falta de prueba para condenarlo accediéndose a la demanda, debió absolvérsele, rechazándose la misma, en base al principio constitucional de inocencia.

En cuanto a su segunda afirmación, coincido plenamente en que la ley faculta traer al proceso pruebas que las partes no rindieron quedando así sin explicación alguna la evidente inconsistencia que existe entre tal solución legal con la afirmación de que a través de este medio, el juez no está llamado a suplir los medios de prueba que las partes no rindieron.

Finalmente, tampoco advertimos en esta obra cuestionamiento alguno acerca de la procedencia y conveniencia de estas medidas probatorias.

CLAUDIO MENESES PACHECO⁶⁷

“Referirse a las iniciativas probatorias del juez civil, implica primordialmente aludir a la persona del magistrado y a la misión jurisprudencial que éste desempeña. Así pues, todo el análisis de esta investigación constituye simplemente un estudio lejano de esta fundamental materia; quien escribe esto no ha sido juez, por lo que no sabe a cabalidad qué se siente administrar justicia. La compilación de fuentes doctrinarias, el examen de los precedentes jurisprudenciales, y los pocos aportes personales del autor, sirven de muy poco si no se tiene fe en la judicatura chilena, y si los propios jueces no ejercen con energía la jurisdicción”.

Comentario:

En esta interesante y completa obra no existe pronunciamiento acerca de la afectación del principio de imparcialidad al decretarse medidas para mejor resolver.

JUAN MONTERO AROCA⁶⁸

“Las diligencias para mejor proveer no pueden entenderse en el sentido de que por medio de las mismas:

1. Llegue a desconocerse todo lo relativo a la carga de la prueba que pesa sobre las partes. La LEC, con mayor o menor acierto, está basada en la regla general de que sobre las partes pesa la carga de la prueba de sus afirmaciones de hechos y, consiguientemente, que

⁶⁷ Meneses Pacheco, Claudio: *Iniciativas probatorias del juez civil. Contribución al estudio de las facultades esclarecedoras judiciales en el proceso civil chileno*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile, 1996, pág.275.

⁶⁸ Montero Aroca; *La prueba en el proceso civil*, Primera edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1996, pág. 323.

han de sufrir las consecuencias de no haber levantado esa carga. El juez no puede desvirtuar esa regla general y, por medio de las diligencias para mejor proveer, dejarla sin sentido.

2. Se supla la inactividad o negligencia de una de las partes, que no ha hecho todo lo que el sistema procesal le permite para llegar a probar sus afirmaciones de hechos. Debe tenerse en cuenta que si el juez suple la inactividad o negligencia de una parte está beneficiándola en perjuicio de la otra, con lo que no está manteniendo la imparcialidad entre ellas.

3. Se desconozca el principio de igualdad de las partes en el proceso, el cual quedaría vulnerado si el juez, con el pretexto de que debe llegar a conocer cómo sucedieron realmente los hechos para dictar una sentencia justa, favoreciera a una de las partes realizando la actividad probatoria que a ésta le es debida. Hay que insistir en que todo lo que el juez haga en beneficio de una parte, lo hace en perjuicio de la otra, a la cual puede ponerse en situación de indefensión, no porque se le impida realizar una actividad propia del derecho de defensa, pero sí porque el juez asume la defensa de la otra parte”.

Comentario:

Montero Aroca también refiere la peligrosidad de las medidas para mejor resolver en cuanto pueden perjudicar a una parte en beneficio de la otra, afectándose la imparcialidad del juez como, asimismo, desconocerse con ellas el principio de igualdad de las partes, dos de las bases sustentatorias de la tesis de esta investigación.

LINO ENRIQUE PALACIO⁶⁹

“Concepto y Finalidad:

La vigencia estricta del principio dispositivo requeriría no solamente que la iniciativa del proceso y la aportación de los hechos dependiesen de la voluntad de las partes, sino que, además, se confiase exclusivamente a éstas la actividad consistente en ofrecer y producir las pruebas tendientes a la demostración de sus afirmaciones. Pero en razón de que esta última limitación es susceptible de impedir, en ciertos casos, el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, que, pese a las restricciones propias de la prueba civil, constituye la meta a que debe aspirar una recta administración de justicia, las leyes procesales admiten, en forma concurrente con la carga de la prueba que incumbe a las partes, la facultad de los jueces en el sentido de complementar, por propia iniciativa, el material probatorio aportado por aquéllas. Tal facultad se concreta en la posibilidad de adoptar las denominadas *medidas para mejor proveer*.

Régimen Legal:

- a) El art. 36 CPN establece, como regla de carácter general, que los jueces están facultados para ordenar, de oficio, “las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes” (inc.2º). La misma norma consagra aplicaciones particulares de esa regla en tanto autoriza a los jueces para decidir en cualquier momento la comparecencia de los peritos, consultores técnicos y testigos para interrogarlos acerca de todo aquello que creyeren necesario y para mandar que se agreguen documentos en poder de las partes o de los terceros, en los términos de los arts. 387 a 389. Otras normas del CPN aparecen orientadas en el mismo sentido, como las contenidas en el art. 452 con respecto a la prueba de testigos, y en el art. 479 con relación al reconocimiento judicial.

⁶⁹ Palacio, Lino Enrique: *Manual de Derecho Procesal Civil*, decimocuarta edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 402 y ss.

- b) No obstante la amplitud de todas esas disposiciones, está claro que los poderes de iniciativa probatoria que se acuerdan a los jueces no significan, de ninguna manera, una derogación del principio dispositivo. Ello es así, en primer lugar, porque tales poderes no autorizan la producción de diligencias probatorias que sean ajenas a los “hechos controvertidos” en el caso concreto. Y en segundo lugar, porque los poderes del juez no están destinados a excluir la actividad de las partes, sobre quienes continúa pesando la carga de la prueba. En rigor, la iniciativa judicial en materia probatoria reviste carácter complementario con respecto a aquella carga, y su objetivo consiste en eliminar las dudas con que puede tropezar la apreciación del juez en los casos en que la prueba producida por las partes no sea lo suficientemente esclarecedora.
- c) Las facultades instructorias de los jueces no pueden ejercerse, según la jurisprudencia, para suplir la omisión o la negligencia de las partes, pues ello implicaría una manifiesta alteración del principio de igualdad procesal.
- d) La garantía constitucional de la defensa en juicio requiere, asimismo, que se acuerde a las partes la posibilidad de ser oídas sobre el resultado de las medidas adoptadas, e incluso la de producir prueba en contrario. De allí que el art. 36, inc. 2º CPN imponga a los jueces el deber de respetar, en tales casos, el derecho de defensa de las partes”.

Comentario:

Este destacado autor considera posible y necesario restringir el principio dispositivo en materia de aportación de las pruebas, en caso de que sea necesario esclarecer *la verdad jurídica objetiva*, en pos de la aspiración de *una recta administración de justicia*, limitándolas a su vez, en cuanto sólo los jueces podrían complementar la prueba rendida por las partes, a través de éstas medidas.

A continuación indica que estas medidas no importan una derogación del principio dispositivo. Y ello, porque no puede el juez decretar diligencias probatorias ajenas a los hechos controvertidos y por el carácter meramente complementario de esta prueba, respecto de la rendida efectivamente por las partes.

En mi opinión, es indudable que los principios inspiradores y reguladores de un sistema, en este caso el dispositivo, pueden adecuarse o no al mismo, pero no es posible sostener que una institución no afecta a un sistema por el solo hecho de entenderla fundamentada, a su conveniencia, en un objetivo —recta administración de justicia— que se entiende superior a dicho sistema.

El tema, entonces, es si resulta lógico y conveniente y, por sobre todo, conforme con la normativa constitucional hacer una excepción a un sistema, o mejor dicho, no adecuarse a un sistema, en razón de un objetivo que se considera importante, y por otro lado, debemos revisar si tal objetivo que se considera superior es tal, o sólo un deseo respetable y loable pero no real a su propia pretendida justificación.

En efecto, si justificamos las medidas para mejor resolver en aras de una mejor y recta administración de justicia, debemos preguntarnos previamente si con ellas afectamos o no el derecho que la Constitución le asegura, ofrece y consagra dentro del sistema procesal a las partes, en este caso, al demandado; y sólo si concluimos que ese derecho no se perjudica, recién ahí podremos pensar y concluir que un objetivo no perjudica o afecta a un sistema.

De otra parte, no compartimos la justificación de que no se deroga el principio dispositivo porque estas medidas sólo pueden referirse a los hechos controvertidos del caso concreto y ello, en razón de que para el evento de que se decretaran diligencias probatorias acerca de tales hechos y más aún si se resolviera cuestión ajena a la debatida y sometida voluntaria pero excluyentemente por las partes a la decisión del tribunal, no estamos frente a un problema de derogación del principio dispositivo sino lisa y llanamente a un problema de congruencia procesal y que derivará por vías distintas como lo es de nulidad de lo resuelto.

Destaco finalmente la postura y reconocimiento de que estas medidas, en caso de ser decretadas sin que las partes hayan rendido la pertinente prueba, implican *una alteración del principio de igualdad procesal*. En mis palabras, más que alterarlo simplemente lo vulneran, así como también el principio de imparcialidad del sentenciador.

En fin, este destacado autor acepta la vigencia y conveniencia de estas medidas, con limitaciones de procedencia, pero no cuestiona que las mismas pueden afectar la imparcialidad del sentenciador cada vez que se decretan.

DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO⁷⁰

“El examen del conjunto de reglas probatorias del Derecho chileno permite concluir que en lo concerniente a la iniciativa para acumular pruebas rige el principio dispositivo, ligeramente atenuado; en cuanto a la determinación de los medios de prueba, la ley los fija taxativamente; y respecto a la valoración, el sistema es mixto.

En la iniciativa para el aporte, el sistema chileno es dispositivo, pues el principio dispositivo imperante para el proceso en general no aparece derogado en la materia probatoria; incluso, de los textos que regulan el aporte de las pruebas (C.P.C.) fluye el mismo principio (en otros términos, ahí está corroborado).

Su rigor está morigerado (aunque sólo levemente) por las denominadas “medidas para mejor resolver” que puede ordenar el juez una vez puesta la causa en estado de sentencia (art. 159 del C.P.C.). Las leyes de Menores, N°16.618 (art.36), y de Arrendamiento de Predios Urbanos, N°18.101 (art.15), introducen el principio inquisitivo en términos más amplios, constituyendo, así, excepciones a la regla muy general”.

⁷⁰ Peñailillo Arévalo, Daniel: *La prueba en materia sustantiva civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, pág.23 y 24.

Comentario:

Este autor menciona que en materia de iniciativa de pruebas en el proceso civil chileno “rige el principio dispositivo, ligeramente atenuado”, estando el rigor de dicho principio “morigerado (aunque sólo levemente) por estas medidas”.

En mi opinión, tal excepcionalidad no está atenuada ni morigerada levemente con estas medidas, desde el momento que la materialización de ellas simplemente pudo desviar el resultado del juicio, de no darse lugar a la demanda a acceder a ella. Ello no nos parece tenue ni leve.

Tampoco existe, en esta obra, referencia alguna a la vulneración del principio del imparcialidad del juez cuando se decretan estas medidas probatorias.

HUGO PEREIRA ANABALÓN⁷¹

“Las medidas para mejor resolver, son una expresión excepcional del principio inquisitivo en el proceso civil en tema de iniciativa probatoria”.

A propósito de la ley N° 18.705, modificatoria del art.159 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto le señala al juez un plazo para dictar, de oficio, alguna o algunas medidas probatorias de esa especie, que es el mismo plazo que la ley fija para pronunciar sentencia; este autor sostiene que:

“Tal reforma, limitativa de las atribuciones del juez, bien pudo, como contrapartida y sin alterar el objetivo fundamental de la ley, antes bien, reforzándolo, facultarlo al tribunal para disponer tales medidas en cualquier estado de la causa, especialmente durante el probatorio, cuando ya el debate de fondo está clausurado.

Habría sido un modo de impulsar y de agilizar el proceso bastante más adecuado que otras medidas adoptadas por esta ley de reforma del código, y que el propio texto de éste contempla en el juicio de mínima cuantía (art.714, inc.1°), sin perjuicio que en el proceso laboral este criterio fue adoptado desde la dictación misma del primer Código del Trabajo.

En lo que respecta a la relación entre las medidas para mejor resolver del art. 159 del código, con la medida para mejor resolver del art. 207 del mismo cuerpo legal, la disposición de este último artículo transforma en medida para mejor resolver lo que antes de la ley 18.705 era facultad de las partes con el objeto de rendir prueba testifical.

Pero si revisamos el texto del art. 159, notaremos que su N°5 contempla como medida para mejor resolver “la comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios, produciéndose una contradicción flagrante entre la regulación contenida en el art. 207 y el art. 159

⁷¹ Pereira Anabalón, Hugo: *Seminario de reformas al Código de Procedimiento Civil Ley N°18.705*, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur en coedición con el Colegio de Abogados de Chile, 1995, pág 33 y 34.

previsto en la propia ley, la que conduce a la imposibilidad de aplicar el primero de los preceptos.

Si se objetara que el inc.2º del art. 207 establece la posibilidad que para mejor resolver el tribunal de la segunda instancia llamara a declarar a testigos que no han podido declarar en la primera instancia, la inadmisibilidad de la objeción surge precisamente del carácter de mero control que tiene la apelación (siendo evidente que esa su índole se encuentra fortificada en el texto del inc.1º del art. 207), porque es indudable que el llamamiento a declarar en los últimos tramos de la segunda instancia por la vía de medida para mejor resolver significa una innovación que, según el caso, podría revertir todo el curso del pleito”.

Comentario:

Este autor reconoce el carácter de excepción del principio dispositivo en el proceso civil, calificando a estas medidas con todo acierto como “una expresión excepcional del principio inquisitivo en dicho proceso”.

Sin embargo, a propósito de las modificaciones introducidas por la ley 18.705, sostuvo que bien pudo facultarse al juez para disponer estas medidas en cualquier estado de la causa, especialmente durante el probatorio, adhiriendo así no sólo a estas medidas sino a la teoría de la prueba de oficio a cargo del juez y durante todo el proceso.

A continuación resalta una significativa contradicción a propósito de la testifical entre los Arts. 159 y 207, ya que en el primero restringe estas medidas a testigos que hayan declarado en el juicio, y el segundo posibilita estas medidas a testigos que no han podido declarar en primera instancia, concluyendo con acierto que ello “conduce a la imposibilidad de aplicar el primero de los preceptos”.

Finalmente no se refiere al favorecimiento que se produce con estas medidas sólo respecto de la parte demandante del proceso.

FERNANDO A. PERONI⁷²

“Las medidas para mejor proveer son arbitrarias e inconstitucionales porque su disposición judicial quiebra la igualdad de las partes que se constituye en un principio del proceso, sin el cual no existe proceso, sino un simple procedimiento.

En pocas palabras, quiebra el ideal del *debido proceso* y por esa única y sola razón deben ser desterradas total y absolutamente del mundo jurídico y colocarlas en el museo de las antigüedades al lado de las demás instituciones inquisitivas como el “juez de instrucción”.

⁷² Peroni, Fernando A.(abogado de nacionalidad paraguaya) opinión dada al ser consultado respecto del tema en comento.

En la práctica, en Paraguay, la mayoría de las veces son utilizadas por los jueces a instancia de alguna de las partes que por falta de tiempo o por la razón que fuere no pudo diligenciar una determinada prueba dentro del período legal respectivo".

Comentarios:

Mi amigo y co-maestrando abogado paraguayo Fernando Peroni, en correspondencia electrónica, gentilmente me expresó su pensamiento sobre estas medidas, lo que omito comentar por su claridad conceptual y plena coincidencia con mi convicción.

JORGE W. PEYRANO⁷³

"Medidas para mejor proveer"

Parafraseando el conocido axioma, bien puede decirse que donde juega el principio dispositivo, se practican medidas para mejor proveer. Aun los ordenamientos más crudamente positivistas han aceptado la posibilidad de que el oficio decreta medidas para mejor proveer (*Loutayf*). Paliativo necesario para que la litis pueda considerarse menos como una lid y más como un instrumento idóneo para "dar a cada uno lo suyo".

Conocidas y utilizadas desde antiguo (ya la ley 11, Título 22, de la Partida III las legislaba), todavía hoy resulta valedera la descripción de *Escriche* cuando señalaba que el juez ordena el cumplimiento de diligencias para mejor proveer, "... para poder sentenciar con mayor acierto".

Nosotros las definimos diciendo que son facultades discrecionales que puede emplear el tribunal preocupado por la sospecha de que las pruebas aportadas al proceso no son suficientes para esclarecer la verdad real o "histórica", en tanto y en cuanto su ejercicio se erija en un mero corrector del principio dispositivo no en su verdugo.

Preciso es aquí aclarar que cualquiera fuere el rótulo impuesto por el juez, toda resolución que participe de las características mencionadas, merece y debe ser considerada como una medida para mejor proveer (*Sentis Melendo*)

Por ello asistimos al paulatino reemplazo de las facultades de disponer medidas para mejor proveer, por la instauración, dadas ciertas circunstancias, de verdaderos deberes que le incumben al órgano jurisdiccional en orden a la materia probatoria. Loutayf Ranea da noticia de ello, señalando: "Pero de conformidad a todo lo dicho precedentemente, en la evolución del derecho procesal, las medidas para mejor proveer han cedido el paso a las facultades del juez en orden a la prueba. Entonces ya no se habla de que los jueces podrán, sino que deberán disponer determinadas diligencias. Vemos el tránsito, entonces, desde las facultades hacia los deberes del juez" (*Loutayf*).

B. PROCEDENCIA

Liminarmente debe advertirse que el dictado de medidas para mejor proveer sólo se justifica cuando existen pruebas de los litigantes.

Por el contrario, la no producción de probanza alguna es un obstáculo insalvable para la procedencia de las medidas en estudio (*Colombo, Carlos*), debiendo en tal caso el juzga-

⁷³ Peyrano, Jorge W.: *El proceso civil, principios y fundamentos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978, pág.76 y ss.

dor apelar, usualmente, a la teoría de la carga procesal, a los efectos de dirimir la contienda. En el mismo sentido que el propuesto se han pronunciado Barrios de Ángelis y de la Colina”.

Comentario:

Si bien Peyrano limita estas medidas a la existencia de prueba producida por las partes, extendiendo su improcedencia en caso de no producción de prueba por ellas, no privilegia en su obra los principios de imparcialidad y de igualdad que, en concepto de esta investigación y tesis, se vulneran objetiva y necesariamente con las medidas para mejor resolver.

JOAN PICÓ I JUNOY⁷⁴

A propósito del anteproyecto de L.E.C. señala:

“Que en tal anteproyecto se mantiene una solución extremadamente conservadora en materia de iniciativa probatoria, reservando ésta a las partes. No obstante, se establece que “sólo se practicarán pruebas a instancia de parte, salvo en los casos en que la ley atribuya al tribunal la facultad de acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos o dictámenes”, lo cierto es que la lectura detenida de la norma nos descubre que en ningún momento se prevé iniciativa probatoria alguna al juez, e incluso se le imposibilita realizar las actuales diligencias para mejor proveer con la amplitud que actualmente prevé.

Con ello el ordenamiento español perderá una excelente oportunidad para seguir las previsiones que se recogen en normativas procesales tan próximas como la alemana, francesa, italiana, belga o portuguesa, por indicar algunos pocos ejemplos, en las que, con las obvias limitaciones que impone el debido respeto a la imparcialidad judicial así como a los principios dispositivos y de contradicción, se permite cierta iniciativa probatoria ex officio iudici, sin que pueda catalogarse a tales ordenamientos como “inquisitivos”. Se desatienden así las razones críticas que a la actual normativa ha realizado un sector de nuestra doctrina procesal”.

Por otra parte, distingue: “las llamadas “diligencias finales” de las clásicas diligencias para mejor proveer. Así, las primeras sólo pueden decretarse a instancia de parte como regla general y únicamente se permiten en dos supuestos: para cuando el litigante haya solicitado la prueba en tiempo y forma y ésta no se haya podido practicar por causas a él ajenas, y para cuando aparezcan hechos nuevos o de nueva noticia”.

Por último, sostiene: “Que en materia probatoria existe una total (e injustificada) desconfianza en la iniciativa del juzgador, obviándose que toda esta actividad va dirigida a formar su convicción y a dictar la sentencia más justa posible, esto es, aquella que más se aproxima a la certeza de los hechos discutidos en el proceso”.

Comentario:

⁷⁴ Picó I Junoy, Joan: *La prueba en el anteproyecto de L.E.C.*, Picó I Junoy director, Presente y Futuro del proceso civil (obra colectiva) Bosch editor, Barcelona, España, 1998, pág.239 y ss.

Este autor expresa que estas medidas deben estar limitadas por “el debido respeto a la imparcialidad judicial así como a los principios dispositivos y de contradicción” siendo posible la prueba *ex officio iudici* sin que ello implique inquisitivismo.

A continuación distingue entre producción de prueba que llama “diligencias finales”, procedentes sólo cuando el litigante solicitó prueba en tiempo y forma y no se pudo “practicar por causas ajenas a dicha parte” y para cuando aparezcan “hechos nuevos o de nueva noticia”, con las diligencias para mejor proveer propiamente tales.

Finalmente critica la desconfianza que pueda existir respecto de la iniciativa probatoria del juzgador, recordando que ella sólo “va dirigida a formar su convicción y en dictar la sentencia más justa posible”, lo que en mi opinión es cierto, pero siempre que aceptemos que objetivamente para preferir estas facultades debe sacrificarse la imparcialidad objetiva que se le exige en todo momento al sentenciador en pos de objetivos que se consideran superiores. Estp es cuestión difícil de aceptar si pensamos que no existe mayor objetivo que la imparcialidad absoluta y permanente de quien debe resolver el conflicto mediante un acto de autoridad y además obligatorio tanto para el vencedor como para el vencido.

En otras palabras, un sistema procesal puede ser imperfecto, adolecer de errores u omisiones e incluso revestir aspectos puntuales de desigualdad, todo lo cual no es deseable pero si tolerable. Lo que no es tolerable es que un sistema sacrifique el principio de imparcialidad del juez, pues aquél se superpone o es superior a cualquier otro ya que si no existe tal imparcialidad, nunca el resultado (sentencia) podrá ser justo.

Tampoco este autor se refiere concretamente a la falta de imparcialidad del juez, cuando se decretan estas medidas.

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD⁷⁵

“En definitiva, lo que todo ordenamiento encarga al juez, es la tarea de decidir si una pretensión se encuentra ajustada a derecho o no. Pero para esto no basta el papel pasivo de dar curso al procedimiento por impulso de las partes, y apreciar jurídicamente la contienda según lo expuesto por ellas. Es necesario que el juez asuma un papel activo, tomando conciencia de que tiene “el deber de realizar ya legalmente requerido para ello, ya de oficio cuando así la ley lo impone, todo lo necesario para colocarse en situación de resolver”(Chioventa).

⁷⁵ Piedrabuena Richard, Guillermo: *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1960, pág. 22 y 23.

Según Guasp, el juez debería mirar al fin perseguido por las partes; puede ocurrir que una pretensión esté mal justificada, y sin embargo coincida con el ordenamiento jurídico. La doctrina está de acuerdo en repudiar a los “jueces pérfidos por su superioridad intelectual”, que rechazan una pretensión por estar imperfecta o incompleta. Dentro del criterio inquisitivo, este autor es del parecer que el proceso debe mirarse ante todo un fin económico. “El mejor juez será aquel que sepa ponerse él mismo en el lugar de las partes; sabrá entonces y muy pronto, si se coloca primero en el lugar del demandante y luego en el del demandado, pero seriamente, como si se tratara de su bolsillo, cuales son los fines económicos que las partes persiguen. Entonces no se ceñirá a las palabras faltando abiertamente a sus deberes, no se entregará ciegamente a los conceptos jurídicos sin mirar para nada a los fines prácticos que las partes persiguen ni atender a los hechos, sino que los ponderará para ver si, en efecto, corresponden a lo querido por las partes”. Agrega Guasp que el jurista debe considerar la amplitud de su misión, sin degenerar en leguleyo, porque si eso ocurriera, un abismo entre él y la conciencia del pueblo se abriría inevitablemente.

Según el criterio dispositivo estricto, al juez le estaría vedado subsanar los defectos de las partes en su actividad y ayudarlas al fin que persiguen.

Pero dicho criterio ha sido desplazado hoy en día, en la legislación comparada. Ciertamente sigue primando el principio dispositivo, pero hay diversas y variadas manifestaciones del inquisitivo. Se tiende a otorgar al juez facultades y no imposiciones de tipo obligatorio para actuar en la búsqueda de la verdad de los hechos. “El juez no tiene obligación de formar su convicción psicológica en un proceso civil; pero tiene derecho a no deformarla, y para ello el ordenamiento jurídico debe concederle las facultades precisas y reconocer la posibilidad de su actuación con el propósito verdaderamente alto y noble de hallar en cada litigio la Verdad”(Guasp).

Se trata además de evitar una dualidad en el juez, entre el funcionario público y la persona particular, lo que crearía un problema de conciencia que iría en desmedro de la buena administración de justicia. En resumen, en el actual proceso civil, las partes siguen teniendo el principal papel en cuanto a la producción de las alegaciones, sin perjuicio de que también al juez le corresponda la facultad privativa de completar o subsanar la actividad de las partes, como medio de fallar en justicia la contienda, y en ese sentido sus facultades son amplias.

Existen diversas manifestaciones en el proceso civil actual que traducen el criterio inquisitivo, como, por ejemplo, el impulso procesal de oficio, la facultad para declarar o evitar de oficio la nulidad procesal, el examen de oficio de los presupuestos procesales de la acción deducida, las medidas para mejor resolver, etc”.

Comentario:

Este autor y profesor reconoce la procedencia de estas medidas para “completar o subsanar la actividad de las partes, como medio de fallar en justicia la contienda, y en ese sentido sus facultades son amplias”.

No se pronuncia en esta obra sobre la afectación al principio de imparcialidad del juez con estas medidas.

REMIGIO PINO CARPIO⁷⁶

“COMENTARIOS AL ART. 340 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (DEROGADO)”

Algunos jueces hacen muy mala aplicación de este artículo. No se puede perder de vista, para su recta aplicación que nuestro código tiene adoptado el sistema dispositivo, en virtud del que, la prosecución del procedimiento de un juicio, sólo tiene lugar a impulso de las partes. Según esto, la facultad que otorga el artículo no puede llegar hasta el extremo de que el juez tenga que salvar la omisión de las partes o la deficiencia de éstas en la actuación de sus pruebas. El que en estos casos, el juez actuase una prueba de oficio no sólo se sustituiría a la parte omisa o negligente en la atención de su defensa, sino que se daría la situación anómala, de actuarse prueba no ofrecida así como realizarse ésta extemporáneamente; lo que desde luego es inadmisibles en lo absoluto.

Entonces ¿cuándo el juez debe acudir a actuar prueba de oficio?

A menudo los procesos que están en estado de sentencia resultan difíciles de resolverseles, unas veces por lo arduo del problema jurídico que encierran, y otras, porque la prueba actuada por las partes, es tan equilibrada, que el juez tan presto puede resolver favorablemente al actor como al demandado. Pues si en el primer caso (problema jurídico arduo), con la actuación de una de las pruebas permitidas por el artículo en estudio, se facilita la solución, nada más oportuno ni conveniente de que dicho medio de prueba se actúe. En el segundo caso (prueba equilibrada), nada más indicado ni aconsejable que la actuación de una prueba que venga a romper tal equilibrio; pero que lo rompa no de una manera numérica, por una prueba más, sino que lo rompa cualitativamente, esto es, con una prueba que permita resolver el juicio con estricta justicia. En ambos casos se impone pues, que el juez decreta, de oficio, la prueba que estime más conveniente a allanar la dificultad que tiene para resolver el juicio con acierto y ponderación.

Sólo en los casos glosados es que procede pues la actuación de una prueba de oficio, fuera de ellos dicha actuación constituye una irregularidad procesal; y más que esto, importa atacar el sistema dispositivo adoptado por nuestro código, convirtiendo al juez en un funcionario parcializado hacia la parte a quien va a favorecer la prueba”.

Comentario:

Este autor, con claridad meridiana, califica de “inadmisibles en lo absoluto” a la prueba de oficio; sin embargo a continuación justifica estas medidas en dos casos: problema jurídico arduo y prueba equilibrada. Fuera de estos supuestos lo considera una irregularidad procesal, “convirtiendo al juez en un funcionario parcializado hacia la parte a quien va a favorecer la prueba”.

Sin duda, la posición descrita es un gran avance en el sentido que considero el correcto por coherente, sistémico y constitucional, sin que ello importe estar de acuerdo con las dos excepciones propuestas por este autor. Y ello, por cuanto en relación a la primera, si el problema es netamente jurídico no se visualiza la necesidad de prueba

⁷⁶ Pino Carpio, Remigio: *Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles*, Talleres gráficos de la penitenciaría central de Lima, Tipografía peruana, Lima, Perú,

de hechos y ello en todo caso no justifica la parcialidad que se produce con estas medidas. En relación a la segunda excepción, sólo basta considerar que la prueba equilibrada es sinónimo de no comprobación de los hechos demandados y el principio que algunos llaman presunción de inocencia impone la absolución o rechazo de la demanda, sin más.

Entonces, la parcialidad que reconoce este autor también se da en las dos excepciones que propone, debiendo establecerse que mi opinión y convicción es que siempre estas medidas pueden potencialmente favorecer al demandante y nunca al demandado, por lo tanto no existe incerteza en cuanto a quien se favorecerá o no con estas diligencias probatorias.

J. RAMIRO PODETTI⁷⁷

“En lo que respecta a los actos procesales del órgano jurisdiccional, se destaca a los denominados actos de conocimiento, que comprenden la percepción, por el juez, de los diversos elementos aportados por las partes y los auxiliares de la justicia para la resolución del litigio y los que el juez puede decretar se traigan para mejor proveer, incluyendo estas providencias en sí, como directamente encaminadas a dicho conocimiento. La prueba para mejor proveer, puede ser en algunos casos decisiva (declaración de insania por ejemplo)”.

Comentario:

Este autor, en forma muy sucinta y clara, reconoce a estas medidas probatorias como destinadas a proporcionar al juez el conocimiento necesario “para la resolución del litigio”, agregando en forma muy certera que ellas efectivamente pueden “ser en algunos casos decisivas” para tal resolución, aceptando así que perfectamente las mismas pueden alterar el resultado de un juicio, y en este caso por decisión probatoria del juez.

No se refiere a la falta de imparcialidad objetiva que se produce con estas medidas por parte del sentenciador.

PRIETO-CASTRO FERRANDIZ⁷⁸

“La facultad de dirección y aportación más importante que se concede a los jueces y tribunales españoles es la del art. 340 L.E.C. Este precepto permite que el juez complete su convicción acerca de los hechos, por medio de ciertos actos (diligencias),

1961.

⁷⁷ Podetti, obra citada, pág. 209 y ss.

⁷⁸ Prieto-Castro Ferrandiz: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1968, Volumen primero, pág.392 y 393.

que la ley, por su finalidad, llama para mejor proveer, y que no deben confundirse con una aportación oficial de pruebas, contraria a la imparcialidad del juez.

El momento para ordenar dichos actos es el que media entre la vista o la citación para la sentencia (según se haya celebrado o no aquélla) y el fallo, es decir, después de sobrevenir la preclusión definitiva de aportación de materiales, al advertir que carece de datos para resolver por insuficiencia de las aportaciones de prueba de las partes, o por no haber sido posible a ellas ejecutar todas las propuestas.

En virtud de esta facultad puede el juez o tribunal disponer: 1º Que se traiga a la vista cualquier documento que crea conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes. 2º Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estime de influencia en la cuestión y no resulten probados. 3º Que se practique cualquier reconocimiento (pericial) o avalúo que se reputa necesario, o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho. 4º Traer a la vista cualquiera autos que tengan relación con el asunto.

Las partes tienen en estos actos la intervención que el tribunal les conceda, sin recurso alguno (art. 340, II); se han de realizar en el plazo que se marque, o sin dilación, y mientras tanto queda suspendido el que señala la ley para dictar sentencia, lo que se efectúa en el tiempo que reste después de levantada la suspensión (arts. 341, 342).

Las providencias para mejor proveer son también posibles en los recursos”.

Comentario:

Este autor acepta la procedencia de estas medidas a fin de que el juez pueda completar su convicción, distinguiéndolas de la prueba de oficio que, en su concepto, son contrarias a la imparcialidad del juez, lo que en sí considero un gran avance coincidente con el sentido de esta investigación.

En un artículo titulado *Revisión de los Conceptos Básicos del Derecho Procesal (examen y crítica de las direcciones germánicas de los últimos tiempos)*, este catedrático español estima que si bien el principio dispositivo es la base del proceso actual, en todo cuanto ello implique formalismo —lo que, en su concepto llamaría a “... la degradación...” del juez— es inadmisibles, propugnando su desvinculación “de los viejos esquemas de la acción y la excepción” para dar paso incluso a las materias probatorias dando así un paso decidido hacia lo que los italianos llaman *publicizzazione del derecho procesal*, todo en fin al objetivo de justicia del derecho procesal.

Comentario:

En mi concepto, el derecho procesal en pos del principio de igualdad de partes, debe contener necesariamente formalidades que garanticen un acceso, desarrollo y conclusión respecto del proceso en igualdad de condiciones. Y ello, lejos de ser negativo, es indispensable que así ocurra. Cuestión distinta es un *formulismo* sin otro objeti-

vo como no sea su existencia por su existencia y sin objetivo entroncado en la igualdad de las partes.

De allí, entonces, que esté en total desacuerdo con que con el respeto absoluto al principio dispositivo se degrade al juez, (entendemos de la función del juez), puesto que lejos de degradarla, la enaltece y fortalece en lo que corresponde por función esencial y mandato constitucional al juez : *procesar*, interviniendo para que el proceso se desarrolle en igualdad de condiciones de las partes y *sentenciar*, resolviendo el conflicto mediante un acto de autoridad decisional que se pronuncia por una u otra de las posiciones en conflicto, pero no *probar* ya que ello sólo debe ser resorte de las partes del proceso.

SANTIAGO SENTIS MELENDO

“Lo que el juez “puede o “podrá” está escrito en la ley; y lo está con algún motivo y con alguna finalidad. No se trata, como he dicho, de una posibilidad sino de un poder, de una potestad; pero esa indicación es, como algunos han querido han querido, una sugerencia, pero también una invitación, un estímulo, el señalamiento de un camino. Ha de seguirse cuando ello pueda redundar en beneficio de la justicia; y no pensar - acaso hay muchos jueces que sí lo piensan —que hacer uso de ese poder, que un día puso en manos del juez el art. 21 de la Ley argentina 14.237, y hoy, aunque limitado, el art. 36 del Código, y siempre las bien modestas providencias para mejor proveer, es convertirse en un Juez Magnaud del Derecho Procesal. No; el Presidente del Tribunal de Chateau-Thierry fue mucho más allá de las normas procesales, y se movió en el campo del derecho sustantivo, especialmente del penal. Habrá merecido muchas censuras y fuertes críticas, se le habrá atribuido un “impresionismo anárquico, tendencias desatinadas, sentimentales y simplísticas”, pero lo cierto es que ha quedado en la historia del Derecho; y que en ella están algunas de sus sentencias, aunque de otras haya que olvidarse. La justicia y el derecho acaso avanzan más con los excesivamente conformistas”.⁷⁹

Comentario:

En este clásico trabajo, el autor no avanza sobre el análisis de estas facultades probatorias con relación al principio de imparcialidad.

“La finalidad de las medidas para mejor proveer es, principalmente, aclarar dudas que puedan existir en el ánimo del juzgador; por lo cual es privativa de éste la facultad de acordarlas y de dejarlas sin efecto, de la que debe hacer uso con absoluta libertad, espontánea y no a petición de parte; pero contemplando siempre como un deber la facultad que la ley otorga; y debiendo actuar siempre dentro de los límites del precepto legal que la regula (en el Código de la capital, el art. 57); no acordando otros que las que el mismo establece; y haciéndolo en el momento procesal señalado por la ley (art. 215).

Si el juez puede o no salvar omisiones o negligencias de las partes, es cuestión tan contradictoriamente resuelta por la jurisprudencia que ha de estimarse como no de-

⁷⁹ Sentis Melendo, Santiago: *La Prueba; Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, Argentina, 1979, pág. 214 y 215.

finida por ella debiendo entenderse que el concepto de *negligencia* ha de relacionarse con el de *carga de la prueba*.⁸⁰

Comentario

Esta obra no se pronuncia sobre la relación del principio de imparcialidad y las medidas para mejor resolver.

El magistrado español Sentis, en un trabajo titulado *Las diligencias para mejor proveer en el Anteproyecto Reimundín* elaborado para la provincia de Salta —el cual contiene más que medidas para mejor resolver, derechamente la prueba de oficio y en cualquier estado del proceso (artículo 21)— destaca que el principio rector del proyecto es publicista basado en el “de investigación e impulsión judicial”, para luego poner en el tapete un aspecto de toda trascendencia cual es el de la imparcialidad del juez, sosteniendo sorprendentemente que “no se debe temer a la parcialidad del juez; el juez no puede ser considerado por la ley más que absolutamente imparcial. Una ley procesal que tratase de evitar la parcialidad del juez, sería totalmente absurda porque partiría de un supuesto inadmisibles además, luego, de irreal”.

Tratando de suavizar su decidida y, reitero, sorprendente afirmación, citando a Couture reconoce lo que el insigne procesalista uruguayo denominó en su proyecto de 1932 “alteración grave del principio de igualdad de las partes en el juicio”, si bien, reconociendo tal alteración con estas medidas indica que ello se evita tal como se hace en el proyecto, procediendo el juez de oficio, en cualquier estado del proceso.⁸¹

Comentario:

A mi modo de ver, el solo planteamiento inicial de que debe reconocerse y aceptarse un grado de parcialidad del juez y de que ello puede neutralizarse con la prueba de oficio a través de todo el proceso, simplemente importa aceptar una *elasticidad* carente de toda rigurosidad científica de lo que debe estructuralmente constituir un proceso.

En efecto, al menos en la estructura legal del proceso, debe existir total proscripción de cualquier asomo de parcialidad del sentenciador, por cuanto la imparciali-

⁸⁰ Sentis; *Medidas para Mejor Proveer*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIX, Driskill, Buenos Aires, Argentina, 1991, pág.445 y ss.

⁸¹ Veáse, *Las medidas para mejor proveer en el Anteproyecto Reimundin*, en Revista de Derecho Procesal, pág. 172 y ss.

dad absoluta hace a la esencia de su delicada y trascendental función jurisdiccional, amén de que la facultad de oficio a la largo de todo el proceso, lejos de contribuir a suavizar la parcialidad aceptada, la acentúa enormemente, desde el momento que sólo se configura como facultad y no deber y sin ninguna directriz limitativa, permitiéndose así prueba jurisdiccional contraria a la rendida por la parte afectada de lo que resulta legítimo preguntarse *¿Contra quien litiga la parte?*

MANUEL SERRA DOMINGUEZ⁸²

“En cuanto a la práctica de las diligencias para mejor proveer previstas en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; El legislador olvidó fijar un plazo taxativo dentro del cual debieran practicarse tales diligencias, y el resultado ha sido caótico. Al amparo de las diligencias para mejor proveer se dilata en forma asombrosa la conclusión de los procesos, utilizándose en buen número de ocasiones como medio para descargar a los juzgados y tribunales de su obligación de dictar sentencia en un cierto plazo. En un curioso trabajo efectuado por el Instituto de Estudios Políticos se señala, tras un estudio analítico de un cierto número de procesos instruidos en los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, que el retraso fundamental es debido a la actividad probatoria que se verifica de oficio, esto es, las diligencias para mejor proveer, de cuyo efecto dilatorio se encuentran en la realidad, confirmando las quejas que contra ella suelen formularse en la práctica, abundantes y gravísimas demostraciones. Así llegaron a encontrarse incluso retrasos de 80, 103, 110, 128, e incluso 454 días, motivados por la práctica de diligencias para mejor proveer. El retraso medio comparativo motivado por la práctica de tales diligencias en relación con los totales retrasos producidos, es nada menos que de un 44%”.

Comentario:

Este autor pone el acento de estas medidas en una comprobación empírica del retardo que provocan en la resolución del conflicto, sin referirse para nada a la conveniencia o inconveniencia de las mismas y si afectan o no algún principio procesal fundamental.

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS⁸³

“¿CUÁNDO SE DEBEN DECRETAR MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER? EL PRINCIPIO DE PRUEBA

Repetidamente he hecho alusión a la concurrencia de supuestos o requisitos para que el juez asuma iniciativa probatoria, por medio de estas diligencias o pruebas retardadas. Estimo, sin embargo, que para dilucidar la cuestión, resulta imperioso reproducir el marco genérico en el cual esta actividad es posible: como toda otra tarea

⁸² Serra Domínguez, Manuel: *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1969, pág. 448.

⁸³ Tavolari Oliveros, Raúl: *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, pág. 39 y ss.

que el juez cumple en el proceso, ella debe enmarcarse siempre en el sello de la imparcialidad.

La pregunta se reduce, por ahora, a establecer si resulta posible encontrar supuestos objetivos que autoricen las diligencias y permitan controlar las omisiones y, por ende, la actividad.

Al efecto, he señalado (vid. Supra pág. 32) que la labor *ex officio* del juez no puede introducir hechos nuevos al proceso. Esta constituye, entonces, una importante limitación: si el juez no puede allegar hechos nuevos con diligencias para mejor proveer, digamos, para el estudio, hechos desconocidos, resultará claro que los hechos situados en el otro aspecto tampoco podrán ser objeto de la inquietud probatoria del sentenciador; me refiero a los hechos probados y conocidos.

Reitero: ni hechos cuya existencia consta (probados) ni hechos cuya existencia no consta (desconocidos). Propongo, entonces, enfrentar el problema con el criterio del “principio de prueba”, para afirmar que, dado en el proceso un principio de prueba, el juez no puede excusarse de decretar medidas para mejor proveer.

Podría pensarse que el criterio propugnado importa una limitación a las facultades del juez; mas, si se revisa mesuradamente la situación, se convendrá en los siguientes aspectos:

- a) El principio de prueba es una prueba. Insuficiente, pero prueba al fin, según resulta de su propia denominación. (Juan Burgos Ladrón de Guevara y S. Sentís M.)
- b) El principio de prueba anticipa la verosimilitud de un hecho. La permite vislumbrarse; diríamos, un *fumus boni facta*;
- c) El principio de prueba es objetivamente determinable.

La exigencia del principio de prueba no es novedosa: se encuentra reconocida en numerosas legislaciones, sin explícita mención. Así, después de la Reforma Urgente, de 1984, el artículo 340 de la LEC española permite, como medida para mejor proveer, examinar a testigos, cuyo nombre constase en autos, aunque fuese por alusiones de las partes u otros intervinientes, y el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil chileno autoriza citar a testigos para que aclaren sus dichos oscuros o contradictorios, lo que constituye una innominada referencia al principio, al paso que ambas disposiciones limitan la confesión judicial a “hechos que consideran de influencia en la cuestión y que no resultan probados”.

De otra parte, eleva a jerarquía normativa una realidad empírica: los jueces decretan estas medidas sobre la base de insuficiencia de prueba.

La existencia de un principio de prueba, si bien, como se dijo, permite augurar que el hecho existe, no es otra cosa que un estímulo para probar verdaderamente. Por sí solo no servirá para formar la convicción del juez, lo que le distingue del indicio, a partir del cual el tribunal podrá determinar la existencia del hecho.

Se ha podido afirmar que el principio de prueba es una verdadera llave que permite abrir la puerta a las pruebas plenas o completas y, con su aceptación como criterio rector de las diligencias de mejor proveer, se resuelven, me parece, varios de los seculares problemas de esta institución.

Desde luego, se evita el que se las transforme en medios de dilatar los juicios, como se escucha uniformemente en todas las latitudes. Se asegura que el juez no introducirá hechos nuevos al proceso y, puesto que el principio de prueba puede ser obra de la actividad de cualquiera de las partes, se conserva la actitud imparcial del juez, quien al decretar la medida tiene un fundamentado respaldo en el proceso.

A la inversa, ordenadas medidas para mejor resolver, sin siquiera la presencia del principio de prueba, induce razonablemente a pensar, ora que el juez, deliberada o inadvertidamente, introduce al proceso su “saber privado” en la conocida expresión de Stein, ora que se ha dejado impresionar más de lo debido por meras argumentaciones de las partes y con su actividad estará supliendo la negligencia de las mismas.

En conclusión, postulo que las diligencias para mejor proveer sólo han de decretarse ante la presencia del principio de prueba, lo que, expuesto en términos negativos, es sostener que no han de permitirse en su ausencia. En función del problema inicial, cabe concluir que, de otro lado, la presencia del principio de prueba hace imperativa la diligencia para mejor resolver”.

Comentarios:

El autor y profesor Raúl Tavolari nos acostumbra cada día más a proposiciones jurídico procesales novedosas, inteligentes y fundadas.

En este caso, postula la procedencia de estas medidas restringidamente al “criterio del principio de prueba”, concluyendo que éstas “sólo han de decretarse ante la presencia de tal principio” o que “no han de permitirse en su ausencia” o que “la presencia del principio de prueba hace imperativa la diligencia para mejor resolver”.

Esta obra no se pronuncia sobre la relación de estas medidas con el principio de imparcialidad.

CAPITULO CUARTO

1. ENCUESTA SOBRE LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER

Como trabajo de campo, desarrollé dos encuestas: la primera a ocho jueces civiles (dos subrogantes); y la segunda, a ocho abogados con experiencia en litigios civiles.

El objeto de estas encuestas fue comprobar cómo entienden a estas medidas los encuestados en cuanto a sus conformidades o desacuerdos.

Adelanto que las respuestas son de diversa índole, muy interesantes y con coincidencias muy marcadas que destacaré en el análisis y conclusiones de esta parte de la presente investigación.

Este autor, aseguró y garantizó anonimato de las respuestas, en especial a las señoras y señores magistrados, que gentilmente colaboraron con su tiempo al responder las preguntas formuladas y que sin duda han sido de un gran aporte. Sinceramente les agradezco a cada uno de ellos su disposición de colaboración con este trabajo.

**1.1. ENCUESTA A OCHO JUECES CIVILES DE PRIMERA INSTANCIA
SOBRE LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER**

Encuesta efectuada:

1) ¿Es partidario de decretar medidas para mejor resolver, cuando las partes no han rendido la prueba que correspondía rindieran?

SI _ NO _ DEPENDE _ OTRA RESPUESTA _

Fundamento:

2) ¿Es partidario de decretar medidas para mejor resolver cuando las partes rindieron una prueba que necesariamente debe complementarse con otras que no rindieron?

SI _ NO _ DEPENDE _ OTRA RESPUESTA _

Fundamento:

3) ¿Alguna vez ha hecho uso de las facultades probatorias de oficio que establece el Art. 266 del C.P.C, dentro de la gestión de conciliación?

SI _ NO _ DEPENDE _ OTRA RESPUESTA _

Fundamento:

4) ¿Considera que las facultades del Art. 266 del C.P.C. sólo pueden utilizarse a propósito de la gestión de conciliación, atendida su ubicación geográfica en el Código?

SI _ NO _ DEPENDE _ OTRA RESPUESTA _

Fundamento:

5) ¿En que año fue designado Juez Civil de Primera Instancia 19 __?
(sólo para efectos de obtener promedio de años de experiencia como Juez Civil de Primera Instancia)

Resultado de la encuesta:

<i>Pregunta N° 1:</i>	SI: 3	37,5 %
	NO: 4	50 %
	DEPENDE: 1	12,5 %
	OTRA RESPUESTA: 0	0 %

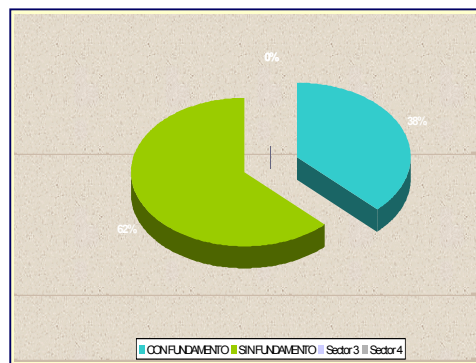
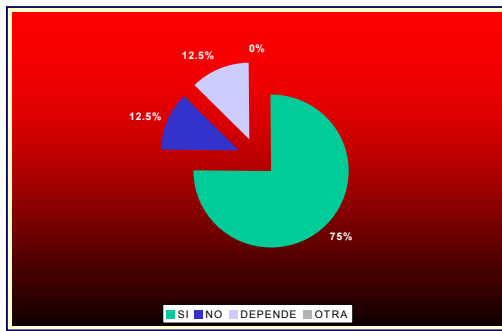
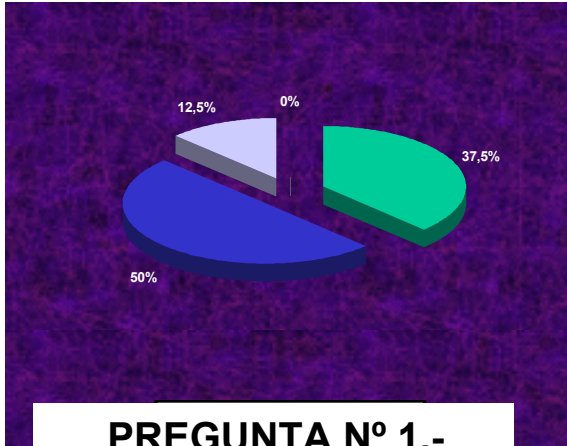
<i>Pregunta N°2:</i>	SI: 6	75 %
	NO: 1	12,5 %
	DEPENDE: 1	12,5 %
	OTRA RESPUESTA: 0	0 %

<i>Pregunta N°3:</i>	SI: 1	12,5 %
	NO: 7	87,5 %
	DEPENDE: 0	0 %
	OTRA RESPUESTA: 0	0 %

<i>Pregunta N°4:</i>	SI: 6	75 %
	NO: 2	25 %
	DEPENDE: 0	0 %
	OTRA RESPUESTA: 0	0 %

Pregunta N° 5: Promedio de años de experiencia = 11,1 años

<i>Respuestas dadas con fundamento:</i> 12	37,5%
<i>Respuestas dadas sin fundamento:</i> 20	62,5%



Fundamentos expresados:

Pregunta N°1.- ¿Es partidario de decretar medidas para mejor resolver cuando las partes no han rendido la prueba que correspondía rindieran?

SI: “Aunque no es misión del Tribunal crear la prueba a las partes, por razones de justicia soy partidario”.

NO: a) “En general no porque las partes litigantes deben litigar responsablemente, lo que implica aportar los medios de prueba de que disponen de manera que no se trate de poner en movimiento el sistema judicial sin preocuparse de acreditar su acción o defensa; ello además, es casi una falta de respeto para con el contendor; implica gastar recursos y tiempo que se pueden utilizar en otras personas que tienen real interés en colaborar con el juez para esclarecer los hechos.

Excepcionalmente cuando las partes son atendidas por la Corporación de Asistencia Judicial y no consiguen receptor, decreto medidas por razones más que nada sociales. Hay que ayudar al que no tiene recursos.”

b) “El juez no debe producir la prueba que les corresponde a las partes.”

DEPENDENDE: “Se decretan si éstas son consideradas necesarias para la resolución del asunto.”

Pregunta N°2.- ¿Es partidario de decretar medidas para mejor resolver cuando las partes rindieron una prueba que necesariamente debe complementarse con otras que no rindieran?

SI: a) “Creo que muchas veces alguna de las partes, o ambas, han rendido pruebas insuficientes que requieren reforzarse con otras para lograr un conocimiento más acabado de los hechos, lo que implica, lógicamente dictar una sentencia más justa.

Muchas veces los antecedentes del juicio —alguna expresión vaga de una parte o de un testigo— me hacen intuir que es necesario algo más para dilucidar el caso, siempre buscando la justicia. Suelo utilizar la confesión para lo cual confecciono el pliego de acuerdo a los hechos debatidos, o si alguna de las partes ha acompañado alguno y si es precisamente el que se adecua a la diligencia decretada lo utilizo reiterando la diligencia (Art. 431 del C.P.C.).

En el caso de los juicios de arriendo hay más flexibilidad porque el artículo 15 de la Ley 18.101 permite al juez decretar de oficio las diligencias probatorias que se estimen pertinentes”.

b) “Siempre que ésta sea fundamental para la resolución del caso.”

c) “Las que sean necesarias para crear la convicción del Tribunal para resolver.”

Pregunta N°3.- ¿Alguna vez ha hecho uso de las facultades probatorias de oficio que establece el Art. 266 del C.P.C. dentro de la gestión de conciliación?

NO: a) “Las partes rara vez concurren a la audiencia de conciliación; cuando suelen hacerlo, manifiestan no estar dispuestos a llegar a un acuerdo y desean que se dicte sentencia; Sin embargo, en los juicios sumarios, en especial en los de arrendamiento, la conciliación es un poco más frecuente y en muy pocas ocasiones, a petición de alguna de las partes, se ordena agregar algún documento.”

b) “No ha sido necesario.”

c) “Nunca se ha presentado oportunidad para hacer uso de ésta vía”.

Pregunta N° 4.- ¿Considera que las facultades del Art. 266 del C.P.C. sólo pueden utilizarse a propósito de la gestión de conciliación, atendida su ubicación geográfica en el Código?

SI: “Por su ubicación y en razón que no se divisa el motivo para concluir que ésta facultad tan amplia pueda ser usada por el juez en otro momento.”

NO: “Dada las bondades de esa norma la interpretación de la misma debe hacerse extensiva por justicia.”

Análisis de la encuesta a ocho jueces civiles.

Como primera explicación, debo hacer presente que de los ocho jueces entrevistados, sólo seis de ellos son titulares en su cargo, y dos de ellos son subrogantes legales en cargo titular de secretario del juzgado respectivo. Sin embargo, la subrogación determina la calidad de juez propiamente tal, y por lo tanto, considero sus respuestas sin diferenciación alguna, reconociendo que tal circunstancia afecta el ítem de

años de experiencia en razón de que concretamente los secretarios de Juzgados tienen menos antigüedad que los jueces titulares.

En todo caso, sobre este último aspecto, para los fines de esta investigación considero más que suficiente el promedio obtenido de 11,1 años de experiencia, ya que en términos generales creo dificultoso obtener un promedio muy superior en jueces civiles de primera instancia, en razón de los ascensos que van produciéndose a lo largo de la carrera funcionaria dentro del poder judicial.

Primera pregunta: *¿Es partidario de decretar medidas para mejor resolver cuando las partes no han rendido la prueba que correspondía rindieran?*

Hubo tres respuestas afirmativas equivalentes a un 37,5%, dos respuestas afirmativas sin fundamento y una justificándose en razones de justicia aunque se reconoce en ella que no es misión del tribunal crear la prueba a las partes.

Cuatro respuestas negativas equivalentes a un 50%. Los fundamentos dados se centran en que al juez no le corresponde suplir la falta de prueba de las partes.

Una respuesta Depende, equivalente a un 12,5% fundamentándose su procedencia en si son consideradas necesarias para la resolución del asunto.

CONCLUSION:

Mayoritariamente los jueces encuestados estiman que no les corresponde subsanar las deficiencias probatorias del demandante. Excepcionalmente, por razones de necesidades sociales de un litigante sin recursos, o si es necesario para resolver el asunto, se considera su procedencia.

Segunda pregunta: *¿Es partidario de decretar medidas para mejor resolver, cuando las partes rindieron una prueba que necesariamente debe complementarse con otras que no rindieron?*

Seis respuestas afirmativas equivalentes a un 75%, una respuesta negativa equivalente a un 12,5% y una respuesta Depende equivalente a un 12,5%.

Los fundamentos afirmativos se centran en la procedencia de complementarse prueba insuficiente en razón de buscar una sentencia justa, lograr un conocimiento más acabado de los hechos, para crear la necesaria convicción del tribunal para resolver o que sea fundamental para la resolución del caso.

La respuesta negativa y Depende no se fundamentaron.

CONCLUSION:

Mayoritariamente, razones de búsqueda de la verdad material justifican para los jueces decretar medidas para mejor resolver complementarias de las rendidas por las partes y a fines de mejorar su conocimiento y convicción sobre los hechos, a fin de dictar una sentencia que así se considera más justa.

Tercera pregunta: *¿Alguna vez ha hecho uso de las facultades probatorias de oficio que establece el art. 266 del C.P.C., dentro de la gestión de conciliación?*

El 87,5% de los encuestados, equivalentes a siete respuestas, declaró la negativa, y ello en razón del desinterés de las partes en conciliar en el juicio, porque no ha sido necesario o porque nunca se ha presentado la oportunidad para decretarlas.

La respuesta afirmativa, equivale a un 12,5% y no fue fundamentada.

CONCLUSION:

Mayoritariamente estas facultades no son utilizadas.

Cuarta pregunta: *¿Considera que las facultades del art. 266 del C.P.C. sólo pueden utilizarse a propósito de la gestión de conciliación, atendida su ubicación geográfica en el Código?*

Seis respuestas afirmativas equivalen a un 75% y dos respuestas negativas equivalen a un 25%.

De las respuestas afirmativas, sólo una se fundamentó más allá del contenido de la pregunta y se basó en la ubicación geográfica de la norma dentro del párrafo correspondiente a la conciliación.

De las dos respuestas negativas, sólo una se fundamentó en una interpretación extensiva en consideración a estimarse bondadosa la norma desde una perspectiva deseablemente probatoria por parte del sentenciador.

CONCLUSION:

Mayoritariamente se considera la aplicabilidad de la norma circunscrita exclusivamente dentro de la institución en que se regula, en este caso, sólo dentro de la conciliación, no pudiendo extenderse más allá. Ello implicaría que estas facultades probatorias de oficio sólo estarían concebidas para el logro de la conciliación una vez terminada la etapa de discusión y antes de la etapa probatoria.

Conclusiones Generales y comunes a la encuesta realizada a Magistrados entrevistados

- a) Consideran que no deben suplir la prueba no rendida por las partes.
- b) Valores superiores como la justicia del caso concreto, verdad material, etc., los hace entender lo conveniente que es tener estas facultades probatorias.
- c) No utilizan las facultades probatorias de oficio contempladas en el Art. 266 del C.P.C. a propósito de la conciliación.
- d) Entienden que sólo podrían utilizar tales medidas probatorias de oficio del Art. 266 del C.P.C. a propósito de la gestión de conciliación.
- e) La justificación de estas medidas está en razones superiores al interés de las partes, como lo es hacer justicia, esclarecer los hechos reales, descubrir la verdad real o material etc., y en forma alguna se cuestiona la falta de imparcialidad objetiva que se produce al decretarlas.

1.2- ENCUESTA A OCHO ABOGADOS DE EJERCICIO LIBERAL EN MATERIA CONTENCIOSA CIVIL

Encuesta efectuada:

1) Como abogado defensor del demandante, ¿es partidario de que el Juez Civil decrete medidas para mejor resolver?

SI _ NO _ DEPENDE _ OTRA RESPUESTA _

Fundamento:

2) Como abogado defensor del demandado, ¿es partidario de que el Juez Civil decrete medidas para mejor resolver?

SI _ NO _ DEPENDE _ OTRA RESPUESTA _

Fundamento:

3) ¿Considera Ud. a las medidas para mejor resolver racionales y justas?

SI _ NO _ DEPENDE _ OTRA RESPUESTA _

Fundamento:

4) ¿Alguna vez, en su ejercicio profesional, ha visto algún Juez Civil que haga uso de las facultades probatorias de oficio contenidas en el Art.266 del C.P.C. a propósito de la gestión de conciliación?

SI _ NO _ DEPENDE _ OTRA RESPUESTA _

Fundamento:

5) ¿Considera que las facultades del Art. 266 del C.P.C. sólo pueden utilizarse a propósito de la gestión de conciliación, atendida su ubicación geográfica en el Código?

SI _ NO _ DEPENDE _ OTRA RESPUESTA _

Fundamento:

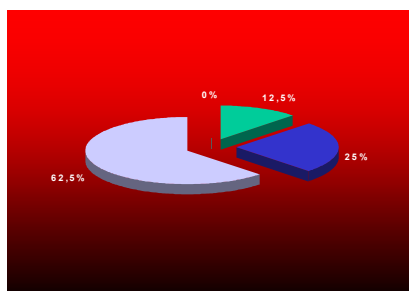
6) ¿En que año recibió Ud. su título profesional de abogado 19 __?
(Sólo para efectos de obtener promedio de años de experiencia como abogado)

Resultado de la encuesta:

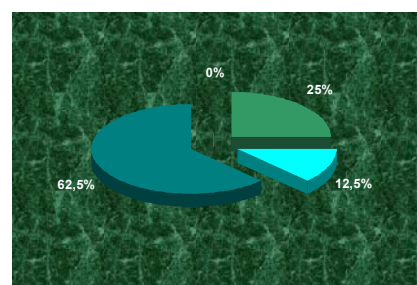
<i>Pregunta N° 1:</i>	SI: 1	12,5 %
	NO: 2	25 %
	DEPENDE: 5	62,5 %
	OTRA RESPUESTA: 0	0 %

<i>Pregunta N° 2:</i>	SI: 2	25 %
-----------------------	-------	------

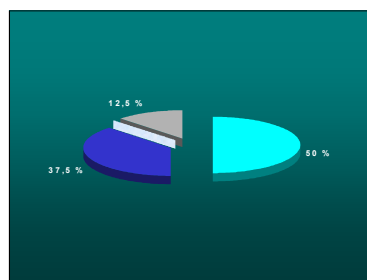
	NO: 1	12,5 %
	DEPENDE: 5	62,5 %
	OTRA RESPUESTA: 0	0 %
<i>Pregunta N° 3:</i>	SI: 5	62,5 %
	NO: 0	0 %
	DEPENDE: 3	37,5 %
	OTRA RESPUESTA: 0	0 %
<i>Pregunta N° 4:</i>	SI: 0	0 %
	NO: 8	100 %
	DEPENDE: 0	0 %
	OTRA RESPUESTA: 0	0 %
<i>Pregunta N° 5:</i>	SI: 4	50 %
	NO: 3	37,5 %
	DEPENDE: 0	0 %
	OTRA RESPUESTA: 1	12,5 %
<i>Pregunta N° 6:</i>	Promedio de años de experiencia = 20,3 años	
<i>Respuestas dadas con fundamento:</i>	23	57,5 %
<i>Respuestas dadas sin fundamento:</i>	17	42,5 %



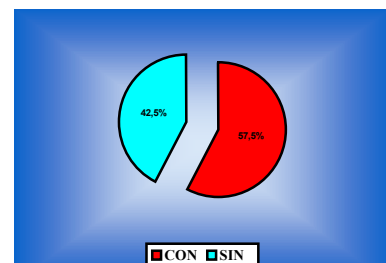
PREGUNTA N° 1.



PREGUNTA N° 2



PREGUNTA N° 5.



CON O SIN FUNDAMENTO

Fundamentos expresados:

Pregunta N°1.- Como abogado defensor del demandante, ¿es partidario de que el Juez Civil decrete medidas para mejor resolver?

SI: “Se justifican plenamente cuando el juez tiene dudas sobre algún punto y busca aclararlos mediante este medio.”

1. NO:

- a) “Teóricamente hablando el demandante, durante la prueba, ha acompañado todos los antecedentes probatorios respecto de cada uno de los extremos que le son de su interés. En este esquema parece que las medidas para mejor resolver podrían alterar lo que se ha pretendido probar por el demandante.”
- b) “Debería facultarse al juez para que antes de citar a oír sentencia estableciera un plazo para que se cumplan las diligencias solicitadas oportunamente y no cumplidas.”

DEPENDENDE:

- a) “Partiendo de la base que en el proceso civil rige el principio dispositivo, la producción de la prueba corresponde a las partes del juicio, por lo que el decretar medidas para mejor resolver debe ser excepcional. Estimo que el tribunal sólo debiere decretar medidas para mejor resolver cuando la necesidad de éstas surja del mérito del proceso, en especial de la prueba rendida en el mismo (por ejemplo: aclaración de puntos atinentes a la discusión planteada en el juicio, complementación de prueba ya rendida, etc.), pero no para “mejorar” o suplir falencia de prueba de las partes por ausencia o insuficiencia de ella. La resolución que las decrete debiese ser fundada.”
- b) “El mérito del juicio debe indicar la conveniencia o no de una medida para mejor resolver.”
- c) “Si se agregó extemporáneamente algún documento o para aclarar puntos oscuros o dudosos en los dichos de algún testigo.”

Pregunta N°2.- Como abogado defensor del demandado, ¿es partidario de que el Juez Civil decrete medidas para mejor resolver?

SI:

- a) “Una medida de esta naturaleza, en teoría, parece sugerir que el juez de la causa no tiene la convicción respecto de la prueba rendida por la demandante.”
- b) “Se justifican cuando el juez tiene dudas y pretende aclararlas por este medio.”

NO: Reiteración del fundamento de la pregunta N°1, letra b).

DEPENDE: Reiteración de los fundamentos de la pregunta N°1.

Pregunta N°3.- ¿Considera Ud. a las medidas para mejor resolver racionales y justas?

SI:

- a) “En la medida que no se utilicen para “mejorar” o suplir falencia de prueba de las partes o para dilatar la dictación del fallo. Siempre debiesen fundarse por el tribunal.”
- b) “En cuanto a su contenido, sin embargo, veinte días para cumplirlas es muy poco.”
- c) “Dejando de lado los intereses que como parte activa o pasiva se pueda tener en el pleito, parece que las medidas para mejor resolver privilegian la verdad material por sobre la procesal o formal.”
- d) “Se justifican plenamente cuando el juez tiene dudas sobre algún punto y busca aclararlo mediante este medio.”

DEPENDE: “Si están encaminadas a esclarecer hechos necesarios para un adecuado juzgamiento, la respuesta es positiva; y es negativa si son dilatorias, para retardar el plazo para fallar.”

Pregunta N°4.- ¿Alguna vez, ha visto que algún Juez Civil haga uso de las facultades probatorias de oficio contenidas en el art. 266 del C.P.C. a propósito de la gestión de conciliación?

NO: “Nunca he visto que un juez ordinario civil haga uso del art. 266 a propósito de una gestión de conciliación. Jueces ordinarios nunca se interiorizan de la controversia

en esta etapa del procedimiento. La conciliación se ha transformado en un mero trámite que hay que cumplir. A mi juicio, el trámite de conciliación, si ésta no se produce, debiese servir para “limpiar” la discusión. “

Pregunta N°5.- ¿Considera que las facultades del art.266 sólo pueden utilizarse a propósito de la gestión de conciliación, atendida su ubicación geográfica en el Código?

SI: “Son excepción al principio de pasividad que rige en materia civil.”

NO:

- a) “La regla del art. 2º del Código de Procedimiento Civil, y la conciliación está en el Título II del Libro II, pero no hay que preterir la disposición del art. 266, por lo que el asunto es dudoso.”
- b) “Su utilización debiese ser durante todo el proceso, pero en forma racional. En todo caso, reitero que, la resolución que las ordene debiese ser fundada.”
- c) “También en otras etapas del proceso.”

OTRA RESPUESTA: “Son similares a las del art. 159 N°s 1 y 6 del C.P.C.”

Análisis de la encuesta a ocho abogados de ejercicio liberal en materia contencioso civil

El promedio de años de experiencia profesional de este grupo de abogados entrevistados y correspondiente a 20,3 años, lo considero a los fines de esta investigación más que suficiente para contestar las interrogantes y poder concluir, de las respuestas dadas, tendencias confiables.

Primera pregunta: *Como abogado defensor del demandante ¿es partidario de que el juez civil decreta medidas para mejor resolver?*

Sólo una respuesta afirmativa, equivalente a 12,5%, contra dos respuestas negativas equivalente a un 25% y 5 respuestas Dependes equivalentes a un 62,5%.

La respuesta afirmativa se basó en la posibilidad de que el juez tenga dudas sobre algún hecho y necesite aclararlo.

Las respuestas negativas se fundamentan en lo innecesario que resulta decretar estas medidas pues el demandante debió acompañar toda su prueba justificativa de su pretensión y, en una postura muy novedosa, como sería facultar al juez para fijar un plazo previo a la citación a oír sentencia para que pruebas solicitadas oportunamente y no cumplidas o materializadas, se puedan ejecutar.

Las respuestas Dependes, se basan en aclaraciones de puntos dudosos siempre que no se mejore la prueba rendida, conveniencia según el mérito del proceso o bien, si se agregó alguna prueba instrumental extemporáneamente o para aclarar puntos oscuros o dudosos.

CONCLUSION:

Las respuestas obtenidas no basan sus argumentos en la conveniencia que representan para el demandante estas medidas, sino que se refieren a otros aspectos de menor relevancia respecto de la influencia que tienen en el resultado del juicio, en especial para las expectativas gananciosas del actor.

Segunda pregunta: *Como abogado defensor del demandado ¿es partidario de que el juez civil decrete medidas para mejor resolver?*

Contrastándola con la pregunta anterior (primera), se invierten los resultados con dos respuestas afirmativas equivalentes a un 25% y una negativa equivalente a un 12,5%, manteniéndose la respuesta Dependes con cinco respuestas equivalente a un 62,5%.

Las respuestas afirmativas se basan en la falta de convicción respecto de la prueba rendida por el demandante y en la necesidad de aclarar dudas que el juez pueda tener.

La respuesta negativa reitera el argumento de la pregunta número uno anterior, relacionado con facultades de decretarlas en un plazo previo a la citación a oír sentencia, cuando no se realizaron en tiempo y forma, pero si se solicitaron y decretaron oportunamente.

La respuesta Depende, reitera los argumentos de la pregunta anterior (primera).

CONCLUSION:

Ninguna respuesta se refiere a lo inconveniente que son estas medidas en la defensa del demandado, relacionándolo con el principio constitucional de defensa, sino que se basan en aspectos colaterales para los derechos e intereses de la parte demandada del proceso.

Tercera pregunta: *¿Considera Ud. a las medidas para mejor resolver racionales y justas?*

En esta respuesta, mayoritariamente existió un pronunciamiento por la afirmativa con un 62,5%, un 37,5% de respuestas Depende y significativamente un 0% para la respuesta negativa, lo que implica que los abogados entrevistados en forma alguna se cuestionan la posibilidad de que estas medidas puedan no responder a los parámetros de razonabilidad y justicia del texto constitucional.

Cuarta pregunta: *¿Alguna vez, en su ejercicio profesional, ha visto que algún juez civil haga uso de las facultades probatorias de oficio contenidas en el art. 266 del C.P.C. a propósito de la gestión de conciliación?*

Respuesta unánime por la negativa, con un 100% correspondiente a los ocho encuestados.

CONCLUSION:

Estas facultades probatorias del juez no son utilizadas.

Quinta pregunta: *¿Considera que las facultades del art. 266 del C.P.C. sólo pueden utilizarse a propósito de la gestión de conciliación, atendida su ubicación geográfica en el Código?*

Cuatro respuestas afirmativas equivalen a 50%, tres respuestas negativas equivalen a un 37,5%, 0% respuestas Depende y una respuesta distinta con un 12,5%.

Las respuestas afirmativas se basan en el privilegio de la ubicación geográfica de la norma unido al principio de pasividad en materia civil.

Las respuestas negativas se fundamentan en que, si bien está la norma dentro de la gestión de conciliación, no debe preterirse su aplicación aunque se reconoce que es dudoso el tema. Otra respuesta negativa muy interesante es que debe poder utilizarse racionalmente durante todo el proceso pero mediante resolución fundada. El tercer fundamento lisa y llanamente acepta su aplicabilidad en otras etapas del proceso.

La respuesta diferente se basa en una supuesta similitud con los numerales 1 y 6 del Art. 159 del C.P.C. de las medidas para mejor resolver referidas a la agregación de cualquier documento necesario para esclarecer el derecho de los litigantes y la presentación de cualquier otro proceso determinado en el juicio, sin inclinarse por una u otra respuesta respecto de lo precisamente interrogado.

CONCLUSION:

Mayoritariamente y consecuencia de la formación profesional que se ostenta en nuestro país, parece lógico que se concluya que la ubicación geográfica de una norma sea suficiente para entender su extensión de aplicabilidad incluida sólo a la institución que la regula lo cual, por cierto, atenta contra la integración de la norma y su aplicabilidad por interpretación extensiva, muchas veces necesaria de considerar para el adecuado funcionamiento de las instituciones jurídicas, en especial aquéllas del derecho procesal.

Sin embargo, la respuesta de su aplicabilidad también en otras etapas del proceso, resulta interesante y novedosa al no restringir, precisamente, la interpretación extensiva antes mencionada. Lamentablemente esta respuesta, fuera de su afirmación, no contiene aspectos sustentatorios, queriendo justificarlo este autor en lo recién dicho acerca de la necesaria aplicación de la norma procesal integrándola e interpretándola extensivamente lo que obviamente no importa estar de acuerdo con lo que regula y dispone esta norma respecto de facultades probatorias a cargo del juez.

Conclusiones generales y comunes a la encuesta realizada a ocho abogados

- a) Justifican estas medidas por razones de dudas o puntos necesarios de aclarar sobre las pruebas rendidas, por parte del juez.
- b) Nunca han visto aplicación práctica alguna de las facultades probatorias de oficio contempladas en el Art. 266 del C.P.C.

- c) Como abogados del demandante no perciben de que siempre estas medidas pueden materialmente sólo favorecer a la defensa de dicha parte del proceso.
- d) Como abogados del demandado no perciben de que siempre estas medidas sólo pueden materialmente perjudicar a la defensa de dicha parte, siendo absolutamente innecesarias de que se decreten en atención a la vigencia y aplicación del principio y garantía constitucional de presunción de inocencia que determina lo inútil de ellas, para la defensa de esta parte del proceso.

1.3 COMPLEMENTACIÓN DE ENCUESTA REALIZADA A ABOGADOS

Luego de efectuadas las encuestas anteriores, se estimó conveniente realizar una de carácter complementario y sugerida por mi Director de Tesis, que se materializó con exactamente los mismos ocho abogados entrevistados sobre la base de dos preguntas cuyos contenidos así como sus respuestas son las siguientes:

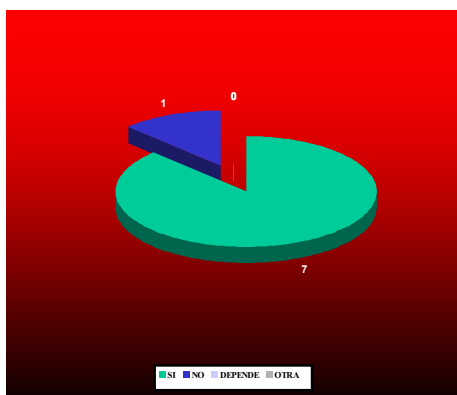
Encuesta efectuada y sus resultados:

- 1) ¿Considera a la imparcialidad del juez como un principio fundamental del Derecho Procesal?

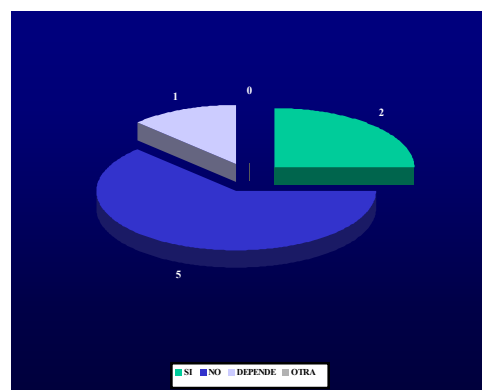
SI: 7 87,5% NO: 1 12,5% DEPENDE: 0 0% OTRA: 0 0%

- 2) ¿Estaría usted dispuesto a afectar el principio de imparcialidad del juez en aras de algún otro objetivo?

SI: 2 25% NO: 5 62,5% DEPENDE: 1 12,5% OTRA: 0 0%



PREGUNTA Nº 1



PREGUNTA Nº 2

Conclusiones generales y comunes a la encuesta complementaria realizada a ocho abogados

Salvo una respuesta fundada en la disposición de vulnerar el principio de imparcialidad del juez a cambio de hacer justicia, lo que el entrevistado llamó “dar a cada uno lo suyo”, todas las demás estuvieron contestes en que el principio de imparcialidad es esencial a todo proceso y de que el mismo no puede renunciarse en favor de otros principios u objetivos, lo que contrasta en gran medida con las respuestas dadas al efecto en la primera encuesta, donde constan fundamentos justificativos de estas medidas pero sin considerar al parecer, para concluir de tal manera, la vulneración del principio de imparcialidad del juez.

Conclusiones generales a ambas entrevistas

1. Existe convicción mayoritaria de que estas medidas no deben suplir la prueba no rendida por las partes.
2. Existe aceptación general de la procedencia y conveniencia de que existan estas medidas cuando el juez estime necesitar aclarar puntos dudosos de la prueba rendida.
3. No existe ninguna conciencia acerca de que con estas medidas sólo se puede favorecer al demandante.
4. No existe ninguna conciencia acerca de que con estas medidas sólo se puede perjudicar al demandado afectando el principio y garantía constitucional de inocencia.
5. No existe ninguna conciencia de que con estas medidas y por las dos conclusiones inmediatamente anteriores, el juez pierde su condición objetiva de imparcialidad.
6. Sólo cuando el entrevistado es puesto en la disyuntiva de afectar el principio de imparcialidad con estas medidas reflexiona y se inclina por preferir este principio por sobre otros objetivos del proceso.

Como reflexión final, aunque pudiera considerarlo innecesario por obvio, estimo importante aclarar absolutamente que esta investigación y mi opinión se enmarcan en la absoluta convicción de que el juez, al decretar una medida para mejor resolver, lo hace

teniendo en consideración, y como objetivo único, el descubrir o acercarse a la llamada verdad material y finalmente dictar una sentencia lo más justa posible, con total prescindencia de qué parte pueda resultar favorecida con la medida decretada.

Sin embargo, también es mi opinión y convicción el hecho científicamente comprobable de que al decretarse estas medidas sólo puede favorecerse al demandante y sólo pueden perjudicar al demandado, no respetándose el principio constitucional de inocencia, que obliga frente a la falta de prueba o convicción a absolver, lo que las transforma en necesariamente inconstitucionales por no respetar tal garantía constitucional, inaplicables por ilegales, por falta de adecuación a la norma fundamental y, principalmente injustas, por favorecer sólo a una de las partes del proceso.

CONCLUSIONES FINALES

- 1.- Las medidas para mejor resolver, en el proceso civil chileno, son de aplicación general y rigen desde que se cita a oír sentencia.
- 2.- Rige, de igual modo, el principio de la prueba de oficio por parte del Juez, durante toda la tramitación del proceso y hasta que se cita a oír sentencia.
- 3.- La prueba de oficio no tiene aplicación práctica alguna, pues ni el juez la decreta ni las partes intentan que se utilice.
- 4.- Las medidas para mejor resolver tienen aplicación restringida, según criterios o requisitos que ha elaborado la Jurisprudencia y que la ley no prevé, salvo por vía de excepción.
- 5.- Tanto la prueba de oficio como las medidas para mejor resolver son instituciones procesales propias del sistema inquisitivo.
- 6.- El sistema inquisitivo es la antítesis del debido proceso.
- 7.- Las medidas para mejor resolver sólo se decretan para condenar o acceder a la demanda, nunca para absolver o rechazar la demanda, toda vez que sólo pueden tener por efecto potencial previsible la condena o el acogimiento a la demanda y nunca su absolución o rechazo.

8.- Las medidas para mejor resolver atentan contra el principio de igualdad de las partes.

9.- Las medidas para mejor resolver vulneran el principio de imparcialidad del juez.

10.- Existe una contradicción manifiesta a propósito de la prueba testimonial decretada como medida para mejor resolver entre el número 5 del inciso 1º del artículo 159 y el artículo 207 ambos del Código de Procedimiento Civil.

11.- Las medidas para mejor resolver son inconstitucionales, son legales en cuanto sólo entendemos por tal el que tengan una regulación normativa positiva y utilizadas que sean nadie discute su legalidad y adecuación a la norma fundamental. Finalmente, son injustas ya que siempre se favorece a una parte, la que debió probar y no probó, en perjuicio de la otra y, por lo tanto, deberían ser derogadas de toda legislación que pretenda respetar la garantía constitucional del debido proceso ya que lo vulneran.

BIBLIOGRAFÍA

1) LIBROS

ACOSTA, JOSÉ V.; Visión jurisprudencial de la prueba civil, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, Argentina, 1996, Tomo primero.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; Estudios de Derecho Probatorio, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Concepción, Concepción, Chile, 1965.

ALESSANDRI R., FERNANDO; Curso de Derecho Procesal, Reglas comunes a todo procedimiento y del juicio ordinario, Tercera edición, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940.

ALSINA, HUGO; Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Segunda edición, Ediar Editores, Buenos Aires, Argentina, 1957.

ALVARADO VELLOSO, ADOLFO; a) El Juez sus Deberes y Facultades, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1982.

b) Introducción al estudio del Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, Argentina, Primera y Segunda parte, 1997.

ANABALÓN SANDERSON, CARLOS; a) El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1954.

b) Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1946, Tomo segundo.

ARAZI, ROLAND; La Prueba en el Proceso Civil, Segunda edición, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1998.

BLANCO GÓMEZ, JOSÉ LUIS; Sistema Dispositivo y Prueba de Oficio, Segunda edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, D. C., 1994.

BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO; Derecho Procesal, Segunda Edición, Colección Juristas Latinoamericanos, Industria editorial mexicana (Harla), México DF, México, 1995.

CALAMANDREI, PIERO; Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, Argentina, 1986.

CARRERAS, JORGE y FENECH, MIGUEL; Estudios de Derecho Procesal, Librería Bosch, Barcelona, España, 1962.

CASARINO VITERBO, MARIO; Manual de Derecho Procesal, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1974, Tomo cuarto.

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS; Tratado de la Constitución de 1980, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988.

COLOMBO, CARLOS J., ALVAREZ JULIÁ, LUIS, NEUSS, GERMÁN R.J. Y PORCEL, ROBERTO J.; Curso de Derecho Procesal Civil, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992, Tomo I.

COUTURE, EDUARDO J.; Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera edición (póstuma), Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993..

CHACÓN CORADO, MAURO Y MONTERO AROCA, JUAN; Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco, Editorial Magna Terra, Guatemala, 1999, Volumen II.

DE SANTO, VICTOR; Diccionario de Derecho Procesal, Segunda Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1995.

DE SOLMINIHAC ITURRIA, JAIME; Compendio de Procedimiento Civil, Reglas comunes juicio ordinario de Mayor Cuantía, Editorial Pandectas, Santiago de Chile, 1994.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO; Teoría General de la Prueba Judicial, Sexta edición, Editor Zavalia, Buenos Aires, Argentina, 1988, Tomo primero.

FAIREN GUILLEN, VICTOR; Doctrina General del Derecho Procesal, Librería Bosch, Barcelona, España, 1990.

FERREYRA de DE LA RUA, ANGELINA Y GONZALEZ DE LA VEGA DE OPL, CRISTINA; Lineamientos para un Proceso Civil Moderno, Ediar editora, Buenos Aires, Argentina, 1997.

GONZÁLEZ, ATILIO CARLOS; Estudios de Derecho Procesal, Primera edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992, Volumen III.

GOZAINI, OSVALDO A.; Teoría General del Derecho Procesal, jurisdicción, acción y proceso, Ediciones Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1996.

GUASP, JAIME; Derecho Procesal Civil, Tercera edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1968, Tomo primero.

LAZO, SANTIAGO; Los Códigos Chilenos Anotados, Código de Procedimiento Civil, Poblete Cruzat Hnos. Editores, Santiago de Chile, 1918.

LILLO H., LENIN; Curso de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago de Chile, 1998.

MONTERO AROCA, JUAN; La prueba en el Proceso Civil, Primera edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1996.

PACHECO GONZÁLEZ, MÁXIMO; Introducción al Derecho, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.

PALACIO, LINO ENRIQUE; Manual de Derecho Procesal Civil, Decimocuarta edición actualizada, Librería editora Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL; La prueba en materia sustantiva civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.

PEYRANO, JORGE W.; El Proceso Civil, principios y fundamentos, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978.

PICÓ I JUNOY, JOAN; La prueba en el anteproyecto de L.E.C, Joan Picó I Junoy Director, Presente y futuro del proceso civil (obra colectiva), Bosch editor, Barcelona, España, 1998.

PIEDRABUENA RICHARD, GUILLERMO; Las Medidas para Mejor Resolver como Institución común a todo procedimiento civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1960.

PINO CARPIO, REMIGIO; Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles, Talleres gráficos de la Penitenciaría Central de Lima, Lima, Perú, 1961.

PODETTI, J. RAMIRO; Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía estructural de la Ciencia del Proceso Civil, Ediar Editores, Buenos Aires, Argentina, 1963.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ; Derecho Procesal Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1968, Volumen primero.

RECASÉNS SICHES, LUIS; Experiencia Jurídica, Naturaleza de la cosa y Lógica Razonable, UNAM, México D.F., México, 1971.

SENTIS MELENDO, SANTIAGO; a) Estudios de Derecho Procesal, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, Argentina, 1967, Volumen primero.

b) La Prueba: Los grandes temas del Derecho probatorio, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, Argentina, 1979.

SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; Estudios de Derecho Procesal, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1969.

SUPERTI, HÉCTOR C.; Derecho Procesal Penal, Temas conflictivos, Editorial Juris, Argentina, 1998.

TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL; Tribunales, Jurisdicción y Proceso, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994.

VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO; Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (11 de Marzo de 1981 a 10 de Marzo de 1989), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.

2) OTROS

ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: El debido proceso público, Revista Gaceta jurídica Nº 110, 1989.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA: Real Academia Española, vigésima edición, Editorial Espasa- Calpe, Madrid, 1984.

GARRONE, JOSÉ ALBERTO: DICCIONARIO JURÍDICO ABELEDO- PERROT, segunda edición ampliada, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Argentina, s.d, Tomo II.

GONZÁLEZ CASTRO, MANUEL: Facultades probatorias de oficio; Las medidas para mejor proveer. Ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, celebrado en la ciudad de Azul provincia de Buenos Aires, los días 4 y 5 de Noviembre de 1999.

MENESES PACHECO, CLAUDIO: Iniciativas probatorias del juez civil. Contribución al estudio de las potestades esclarecedoras judiciales en el proceso civil chileno; Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile, 1996.

PALACIOS GOMEZ GALVARINO: La garantía constitucional del racional y justo proceso; Revista Gaceta Jurídica Nº 84 (Doctrina, estudios, notas y comentarios).

PEREIRA ANABALÓN, HUGO: Seminario reformas al Código de Procedimiento Civil Ley Nº 18.705, Editorial jurídica Ediar-ConoSur en coedición con el Colegio de abogados de Chile, 1995.

PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA, Editorial Edeval, colección de jornadas académicas, Universidad de Valparaíso, Facultad de ciencias jurídicas, económicas y sociales, Escuela de Derecho, Valparaíso, Chile, 1989.

SENTIS MELENDO, SANTIAGO: a) Las diligencias para mejor proveer en el Anteproyecto Reimundín; Revista de Derecho Procesal.

b) Medidas para mejor proveer; Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires, Argentina, 1991.

3) DATOS JURISPRUDENCIALES

Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias sociales.

Revista de Derecho, Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales.

Revista Fallos del Mes.

Revista Gaceta Jurídica.