

# LA FIGURA DEL DEFENSOR OFICIAL EN EL TRÁMITE DE LA PRUEBA ANTICIPADA.

Por *Juan Manuel Hitters y Silvina Cairo*

**Sumario:** I) Introducción; II.- Concepto de prueba anticipada, de medidas preparatorias y diligencias preliminares; III.- Requisitos de admisibilidad y trámite, A.- Carácter excepcional, B.- Legitimación, C.- Normas aplicables para la producción, D.- Trámite. El Defensor Oficial, E.- Valoración de la prueba; IV.- Casos de intervención del Defensor Oficial antes de la traba de la litis, A.- Persona conocida con domicilio conocido, B.- Persona conocida con domicilio conocido y medidas de resguardo, C.- Persona conocida y domicilio desconocido, D.- Persona/s desconocida/s, E.- Persona/s identificable/s, F.- Persona eventual traída a juicio por la contraparte; V.- Facultades del Defensor Oficial, A.- Cuestionar la admisibilidad de la prueba anticipada, B.- Oponerse a la prueba por impertinente. La negativa de los hechos o documentos, C.- Necesidad de la citación al Defensor, D.- Posibilidad de controlar la prueba; VI.- Cese de la intervención del Defensor Oficial; VII.- Conclusiones.

## **I.- Introducción.**

Nuestra propuesta para el presente trabajo, tiende a intentar clarificar ciertas cuestiones vinculadas al trámite de la prueba anticipada con la finalidad de asegurar su eficacia y evitar eventuales planteos nulitivos.

Siendo que en el estudio del procedimiento regulado para llevar adelante este adelantamiento demostrativo emergen innumerables cuestiones que merecen opiniones encontradas, nos limitaremos exclusivamente a las causales de intervención del defensor oficial –especialmente antes de trabada la litis- y las consecuencias de su inobservancia.

Aclaremos que la falta de citación a ese funcionario, puede acarrear –en algunos casos- la ulterior nulidad y la posible pérdida de ese material probatorio producido prematuramente.

Para este análisis, el punto de partida debe tener en miras al carácter excepcional de la anticipación de prueba<sup>1</sup>, circunstancia que implica un mayor respeto en la garantía de defensa en juicio que merece la contraparte. Es así que ante cualquier incumplimiento existiría la posibilidad de que sea aplicada la sanción procesal antes referida, siempre que se invoque y demuestre el perjuicio ocasionado.

---

<sup>1</sup> Cám. Nac. Civ., Sala E, Capital Federal, fallo del 05-03-2008, ‘Pedrosa c/ Fonzi’, en DJ 2008-II, 1900.

## II.- Concepto de prueba anticipada, de medidas preparatorias y diligencias preliminares.

Antes de avanzar en la temática propuesta, consideramos imprescindible definir algunos de los conceptos que se encuentran vinculados, ya que ciertas veces son utilizados inadecuadamente en la práctica tribunalicia.

En primer lugar, el término *diligencia preliminar*, según el criterio seguido por el codificador, comprende a las ‘medidas preparatorias del juicio’ (art. 323 CPCCN y CPCCBA) y a la ‘producción de pruebas anticipadas’ (art. 326 CPCCN y CPCCBA). Ambas se constituyen en especies dentro del género ‘diligencias preliminares’<sup>2</sup>.

La naturaleza jurídica de sendas instituciones es discutida, situación que llevó a algunos a opinar que no deberían de haberse englobado bajo el mismo título, proponiendo entonces que la prueba anticipada constituya un subtítulo dentro del propio procedimiento probatorio<sup>3</sup>, criterio que compartimos. No por ello estas últimas dejarán de ser diligencias preliminares ni se les aplicará un trámite diferente al actual.

La diferencia básica entre la prueba anticipada y las medidas preparatorias, radica en que las primeras importan un adelantamiento *excepcional y preventivo* de las demostraciones, en una etapa que no es propia, con fundamento en su eventual desaparición o en su dificultosa producción posterior<sup>4</sup>. En cambio, las últimas son aquellas que tramitan con anterioridad a un proceso -léase traba de la litis-, procurando a quien ha de ser parte en un juicio de conocimiento, coleccionar hechos o informaciones que no se pudieron obtener por otros medios<sup>5</sup>, buscando la posibilidad de plantear la demanda con la

<sup>2</sup> **COLOMBO, CARLOS J.**, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo-Perrot, Tomo III año 1969, pág. 92; **LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo**, Las medidas preparatorias del proceso, LL 1996-B, pág. 158; **HITTERS, Juan Manuel**, Análisis de la prueba anticipada en un marco global, LL 2003-C, págs 896 y ss.

<sup>3</sup> **MORELLO – SOSA – BERIZONCE**. Códigos Procesales... Librería Editora Platense, T. IV-A (2º edición, año 1994), págs. 432/3; **DI IORIO, Alfredo**, Prueba anticipada, ver libro de ponencias del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Paraná año 2003), T. I pág. 345; y **FALCON, Enrique**. Gráfica Procesal. Ed. Abeledo-Perrot. T. I, año 1982, pág. 39. Para **FENOCHIETTO-ARAZI**, la prueba anticipada no constituye una categoría jurídico-procesal con personalidad propia, y no comparten el encuadramiento efectuado por el legislador (Código Procesal... Ed. Astrea, Tomo 2 año 1983, pág. 154).

<sup>4</sup> La producción de prueba *ante tempus* constituye una forma excepcional de ofrecer y producir prueba. Se trata de una medida cuyo objeto no es sino asegurar pruebas de realización dificultosa en el período procesal correspondiente. (Cám. Civ. y Com 2ª, Sala I La Plata, causas 93601, RSD-128-00, Sent. del 01-06-2000, ‘Yañez c/ Sucesión de Fructuoso Torres s/ Medida cautelar y prueba anticipada’; y 95533, RSI-192-1, Interloc. del 27-09-2001, ‘Rossetti c/ Municipalidad de La Plata s/ Prueba anticipada’).

<sup>5</sup> **MORELLO – SOSA – BERIZONCE**, op. cit., pág. 432. Para **Guasp** las diligencias preliminares son el conjunto de actuaciones que se dirigen a aclarar las cuestiones que pueden surgir antes del nacimiento de un

certidumbre correspondiente<sup>6</sup>.

Debe quedar claro que tanto la prueba anticipada, como las medidas preparatorias en ciertos casos, pueden ser requeridas por ambas partes, incluso antes de haberse deducido la demanda. Sin embargo, la citación a la contraria (como tal) se exige solo en el caso de pruebas anticipadas<sup>7</sup>, sin que quepa –además– aplicarle los recaudos que rigen para las medidas cautelares.

### **III.- Requisitos de admisibilidad y trámite.**

Con motivo de asegurar el cumplimiento de las garantías que le corresponden a la contraparte, el legislador ha determinado que para solicitar una prueba anticipada deben abastecerse ciertos requisitos<sup>8</sup>, que se exponen brevemente:

**A.- Carácter excepcional.** Como se trata de un régimen excepcional<sup>9</sup>, deberán existir e invocarse, fundamentos serios para que pueda ser admitida, tales como la imposibilidad<sup>10</sup> o dificultad para realizarla en la etapa procesal pertinente<sup>11</sup>, o la posibilidad de su adulteración<sup>12</sup>.

---

proceso principal (GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid año 1961, pág. 1273); HITTERS, Juan Manuel, ‘Medidas preparatorias en el proceso civil’, en Revista de Derecho Procesal (Rubinzal-Culzoni) Tomo 2004-II (Demanda y Reconvención), pág. 15.

<sup>6</sup> Cám. Nac. Civ, Sala F, sentencia del 28-10-1971.

<sup>7</sup> CURÁ, José María, Las diligencias preparatorias en el proceso y la citación al contrario ¿un invitado no querido?, LL 1999-D, pág. 72 (criticando un fallo en el que se dispuso la intervención de la defensoría oficial por razones de urgencia, Cám. Nac. Civ., Sala G, del 12-03-98, ‘Consortio c/ Giannattasio’); RIVAS, Armando Adolfo, op. cit., pág. 205; HITTERS, Juan Manuel, Análisis... op. cit., pág. 901 (pto. III-c).

<sup>8</sup> Sin perjuicio de ello debemos advertir que resulta dificultoso efectuar demasiadas generalizaciones acerca de los presupuestos de admisibilidad de la prueba anticipada, ya que los mismos deben atender a cada circunstancia y medio de prueba peticionado. Ante la solicitud de producción de prueba anticipada, el juzgador debe examinar en cada ocasión la procedencia de la medida que se impetra según la naturaleza de la prueba que se intenta asegurar y los motivos que justifican la pretensión, admitiéndola sólo en caso de comprobar que la parte que la propone esté expuesta a perder dicha prueba (Cám. Fed. Cont. Adm., Sala J, Capital Federal, 20-07-1995, ‘Ulloa c/ Sejas’).

<sup>9</sup> Es necesario que se justifique que ésta es la única manera en la que podrá probarse el hecho, y que si se dejara para más adelante ya no sería posible hacerlo o, por lo menos, que exista una grave presunción de que así habrá de ocurrir (Cám. Civ. y Com. 1ª, Neuquén, RSD 242-99, Interloc. del 27-05-1999, ‘Bosco c/ Adriana Lafon’).

<sup>10</sup> GOZAÍNI, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Nación comentado y anotado, Editorial La Ley, Tomo II año 2002, pág. 201.

<sup>11</sup> En aquellos procesos en que están involucrados objetos que requieran reparaciones, cabe posibilitar el adelantamiento de los trabajos periciales tendientes a constatar los daños correspondientes, en orden a obviar el inevitable lapso que demanda la tramitación del proceso para que el propietario pueda disponer de las mismas -art. 326, inc. 2do. Cód. Proc.- (Cám. Civ. y Com. San Nicolás, Sala 1ª, Causa 910760, RSI-832-91, Interloc. del 26-12-1991, ‘Fane SA c/ Rosario Refrescos SACIFI’).

<sup>12</sup> Para que proceda la petición anticipada de prueba documental en poder de la futura contraparte, el

Cabe aclarar que estas medidas pueden requerirse antes o después de trabada la *litis* (arts. 326, 327 y 328 CPCCN y CPCCBA).

La producción de pruebas no puede desvincularse de su adecuación a las circunstancias en que habría de desarrollarse el ulterior proceso, si es que aún no ha sido deducida la demanda<sup>13</sup>. Nos referimos a la pertinencia y necesidad del medio probatorio requerido. Es de destacar que aquí juega un rol preponderante la carga de la prueba<sup>14</sup>, vista desde la actual tesitura de la *carga dinámica*, y el deber de colaboración de la contraparte. En esta línea de pensamiento, su producción estará en cabeza del sujeto procesal que se encuentre en mejores condiciones de probar<sup>15</sup>. Por ende, y considerando esta nueva visión probatoria, el juez deberá balancear prudentemente la actividad de cada sujeto en la *litis*.

Otra acotación relevante radica en que si todavía la demanda no fue comunicada a todos los partícipes del pleito, quien intenta probar anticipadamente desconoce si el hecho o documento en cuestión será negado o admitido por la contraria, por lo que este trámite anticipado se torna imperioso, fundamentalmente cuando luego el material será irreproducible. Es así que, la contraparte –pese a no haber efectuado la *litis contestatio* aún- podría manifestar que de ser accionada no negará tal hecho o documento, a los fines de evitar ‘costos’, sobre todo si la prueba a producir *ante tempus* fuera pericial (ats. 478 ap. 2º inc. 2º CPCCN, 476 CPCCBA).

**B.- Legitimación.** Se encuentran legitimados para solicitarla tanto el actor que luego presentará su demanda (o ya lo ha hecho) y el accionado que ya ha sido demandado o presume que va a participar en juicio en tal carácter.

En todos los casos, el límite temporal para la existencia de “prueba anticipada” viene dado por el auto de proveimiento de prueba, dado que en ciertas ocasiones desde

---

petitionario debe alegar y aportar elementos de juicio que autoricen a presumir la posibilidad de que se adulteren documentos (Cám. Fed. Cont. Adm., Sala I, Capital Federal, 18-04-1996, ‘Vicente Robles S.A. c/ Dirección Nac. de Vialidad’).

<sup>13</sup> Cám. Nac. Com, Sala E, fallo del 08-06-2009, LL 1991-C 385

<sup>14</sup> **CAPPELLETTI – GARTH** (En su obra: El acceso a la justicia, publicado en 1983 por el Colegio de Abogados de La Plata), destacan que la situación económica de cada litigante constituye una gran ventaja en el marco del proceso, y ello se ve agravado aún más en los sistemas procesales dispositivos, en donde la carga de la prueba recae en cada parte en su propio interés. Por ello, se encontrará en mejor situación quien pueda soportar los gastos de producción de pruebas costosas y a quien no le afecte la demora judicial (ver pág. 30).

<sup>15</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, allá por el año 1973, había dicho que la carga probatoria no atiende tanto al carácter de actor o de demandado, sino a la situación en que cada parte se coloca dentro del proceso, considerando la naturaleza de los hechos alegados (DJBA 102-133). En el ámbito nacional se ha dicho que el principio que emerge del art. 377 (375 CPCCBA), no implica una tajante demarcación en la distribución de la carga probatoria (Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala II, 12-05-1980).

que se decreta la apertura a prueba y el proveimiento (firme<sup>16</sup>), transcurre un lapso de tiempo.

También se está legitimado para plantear medidas admitidas en el instituto *sub examine* el tercero, antes de la *litis contestatio*, en el momento del responde o previo a la apertura a prueba.

**C.- Normas aplicables para la producción.** Se aplica el mismo régimen de producción que para las probanzas comunes (327 *in fine* del citado código), razón por la cual se acota el arbitrio del *iudex* en este ámbito.

**D.- Trámite. El Defensor Oficial.** El magistrado dispondrá de la prueba *in audita pars*, atendiendo tan solo a los fundamentos alegados (327 ap. 2º CPCCN y CPCCBA), pero conforme al principio de bilateralidad o contradicción, generalmente se practica una posterior citación a la contraria, previo a su producción<sup>17</sup>.

En los casos en los que aún no se haya trabado la litis contra todos los litigantes y además exista urgencia que impida la citación de éstos u otros motivos particulares, se deberá notificar al Defensor Oficial (de Ausentes)<sup>18</sup>, dado que será éste quien cumpla la función de contralor en *representación* de aquellos (ausentes) que aún no han sido citados.

De no dársele debida intervención a todos los futuros litigantes o al Defensor Oficial –en su caso-, aquéllos podrían luego pedir la nulidad de la prueba anticipada. De todos modos, es preciso remarcar que –vgr., tratándose de una pericia- también sería adecuado que impugne las conclusiones<sup>19</sup>, en función del principio procesal de trascendencia.

Entonces, cualquier desviación que impida la asistencia de la contraria ha de impugnarse a través del remedio de la nulidad, garantizando de este modo el derecho constitucional de defensa en juicio,<sup>20</sup> pero debe tenerse presente a la par –como dijimos-, el principio de *trascendencia* (art. 172 CPC), que –como es sabido- significa que no hay

---

<sup>16</sup> Dado que, el auto de apertura debe notificarse por cédula (arts. 135 inc. 3º del CPCCN y CPCCBA), pudiendo ser impugnado (arts. 361 CPCCN, 359 CPCCBA), al igual que el proveimiento que debe dictarse en su oportunidad dependiendo del tipo de proceso.

<sup>17</sup> **HITTERS, Juan Manuel**, Análisis... op. cit., pág. 897.

<sup>18</sup> Dependiendo de la organización del Ministerio Público de cada provincia.

<sup>19</sup> **TOGNOLA GUIDICI, Vanesa**, ‘La prueba anticipada’, en ‘Tratado de la prueba’ coordinado por **Marcelo Sebastián MIDON**, Librería de la Paz, Resistencia (Chaco), año 2007, pág. 410.

<sup>20</sup> **MORELLO – PASSI LANZA – SOSA – BERIZONCE**. Códigos Procesales... 1ª edición, T. IV, pág. 208.

nulidad por el mero interés de la ley y requiere que quien invoca el vicio formal, alegue y demuestre que tal defecto le produjo un perjuicio cierto e irreparable, que solo puede subsanarse con esa sanción procesal<sup>21</sup>.

Cuadra consignar que en la Provincia de Buenos Aires se encuentra unificado el carácter de defensor de pobres y defensor de ausentes en la figura de “Defensor de Pobres y Ausentes”. Esto implica que dado el carácter objetivo con la que debe desempeñar su labor el defensor, entendemos que si el requirente de la prueba ha solicitado el beneficio de litigar sin gastos y es asistido por un Defensor Oficial –que en este caso oficia de defensor de pobres-, igualmente debería de citarse a otro defensor que represente al/los ausente/s, para evitar la colisión de intereses.

**E.- Valoración de la prueba.** Una vez producida la prueba anticipada, tendrá el mismo valor de convicción para el magistrado, que si se hubiese llevado a cabo en la etapa pertinente. Esto implica que no habrá necesidad de reiterarla luego de la apertura a prueba, salvo que existan nuevas circunstancias que así lo justifiquen<sup>22</sup>. Es por este mismo motivo, que la intervención de la contraria, deviene necesaria<sup>23</sup>, sin perjuicio de las particularidades que sugerimos en este trabajo.

#### **IV.- Casos de intervención del Defensor Oficial antes de la traba de la litis.**

Como puede advertirse de una rápida lectura del art. 327 ap. 4º del CPCCN y CPCCBA, la intervención del Defensor Oficial se limita al caso de imposibilidad de citar a la contraria por razones de urgencia. Es decir, cuando aún no se ha trabado la litis.

Si bien la norma citada, en su inciso 3º, no permite la apelación cuando la prueba anticipada es acogida, podría ser admisible tal remedio si el juez ordena de oficio la designación del Defensor cuando ello no corresponde<sup>24</sup>. Desde ya que el planteamiento de este recurso retrasará todo el trámite, que entendemos debe ser suspendido hasta que se

<sup>21</sup> **CONDORELLI, Epifanio.** Estudio de Nulidades Procesales (obra publicada por varios autores), Ed. Hammurabi, año 1980, pág. 99. Hay que considerar la clase de prueba que se vio privada de controlar la contraparte, habida cuenta que si se trata de un reconocimiento judicial, la intervención de las partes –a veces- carece de mayor relevancia toda vez que aquélla consiste en una percepción sensorial realizada por el órgano jurisdiccional (Cám. Civ. y Com. 2ª, La Plata, Causa B 39.009, año 1975).

<sup>22</sup> Se ha interpretado que existe la posibilidad de ampliarla o impugnarla en el juicio por la contraparte (Cám. Civ. y Com. 2º Nom., Santiago del Estero, causa 10514, fallo del 13-05-1998, ‘Faule c/ Belgrano Distribuciones SA’), criterio que ha de emplearse con carácter restrictivo.

<sup>23</sup> **VELERT FRAU, Jaime A.,** Diligencias preliminares y prueba anticipada, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2003, pág. 90.

resuelva dicha cuestión.

Para nosotros, la participación (prudencialmente necesaria) de este agente es más amplia que la sola urgencia que recepta la norma. De ahí que seguidamente pasamos a exponer los casos:

**A.- Persona conocida con domicilio conocido.** Mediando extrema urgencia en la producción de la prueba anticipada, y ante la posibilidad de que no pueda notificársele con inmediatez a la contraria –aún conociendo su domicilio-, podría ser citado el Defensor Oficial.

Deberá tenerse en cuenta que a veces no resulta tan sencillo lograr una notificación en el domicilio real efectiva la con rapidez que amerita el caso. Máxime si se trata de la primera comunicación procesal, a la cual debe imprimírsele el trámite del art. 339 del CPCCN (338 CPCCBA), sobre todo si el trámite debe realizarse fuera de la jurisdicción.

Es decir, que el Oficial Notificador que deba efectuar la diligencia a un domicilio denunciado tendrá que verificar si el requerido se domicilia en ese lugar para que, en caso afirmativo, deje un aviso y volver el día siguiente. Luego de ello, y si no existen inconvenientes, procederá a entregarla a una persona de la casa (art. 141 del CPCCN y CPCCBA).

Entonces, esta tarea no siempre es tan sencilla como aparenta porque se debe de resguardar el derecho de defensa de quien será notificado, teniendo como Norte que efectivamente llegue la comunicación a su conocimiento. Muchas veces se transforma en un trámite muy tedioso porque no se encuentra a la persona o ésta se hace negar, acontecimiento que dificulta aún más la situación narrada.

Otra solución sería que la cédula sea dejada al requerido bajo responsabilidad de la parte solicitante (doctr. art. 153 del CPCCN y CPCCBA). Pero ello sería un enorme riesgo porque el eventual agraviado podría alegar haber tomado noticias de tal comunicación varios días después y solicitar la nulidad de la prueba. Con lo cual, la *integración* de la litis con el Defensor sería lo más aconsejable.

Todo lo antedicho no quita que igualmente intentemos notificarle la prueba anticipada a la contraparte, pero en el interín, repetimos, debería intervenir el Defensor.

---

<sup>24</sup> Se ha dicho que la designación del representante del ministerio público excede de la inapelabilidad del art. 327 del CPCC (Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala 2ª, causa 99320, RSI-625-5, Interloc. del 28-07-2005, 'Clindon c/ Clínica Nuestra Sra. de Pompeya s/ Daños y perjuicios').

Es decir, el último párrafo del art. 327 del CPCC gradúa el trámite de la producción de las diligencias preliminares en función de la urgencia. La regla es que ha de darse intervención a la futura parte contraria. No obstante, para que pueda prescindirse de este requisito, el interesado en la realización de la prueba debe demostrar que la demora que ocasionaría la notificación a la parte contraria podría frustrar la diligencia misma<sup>25</sup>. En tal caso, corresponde darle intervención al defensor oficial<sup>26</sup>.

Pero si no surgen razones de urgencia que ameriten apartarse de la regla impuesta por la precitada norma, la participación del Defensor Oficial a los fines de la producción de la prueba ordenada por el magistrado de la anterior instancia, deviene improcedente<sup>27</sup>.

De otra manera, si se llegara a acreditar que se pudo citar al interesado y ello se omitió sin justificación, entendemos que existe *estafa procesal*<sup>28</sup> y la prueba podría ser pasible de una eventual nulidad, pese a que el Defensor Oficial haya intervenido. Es decir, tendrá que analizarse las circunstancias del caso y la premura que el mismo exhorta para omitir o no el anoticiamiento de la producción de la prueba a la parte contraria.

### **B.- Persona conocida con domicilio conocido y medidas de resguardo.**

En los casos expresamente legislados en el art. 326 inc. 4º del CPCCN, se permite el secuestro, exhibición o resguardo de un documento a los fines de evitar la alteración o sustitución, para luego ser objeto de prueba anticipada.

Lo que aquí se pretende es sorprender a la contraria, dado que mediando anoticiamiento previo, podría frustrarse el éxito de la medida<sup>29</sup>.

Desde ya, que en estos supuestos es imprescindible (e insustituible) la figura del Defensor Oficial<sup>30</sup>, al menos hasta que se practique el secuestro o reconocimiento. No solo esto se aplica para el típico caso del secuestro de historias clínicas, sino para el resguardo

<sup>25</sup> Conforme lo sostuvo la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala 2ª, en la causa 173, RSI-117-1, Interloc. del 18-12-2001, 'G. J. P. c/ V. N. M.'.

<sup>26</sup> **COLOMBO, Carlos J. - KIPER, Claudio M.**, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado, Editorial La Ley, T. III año 2006, pág. 498.

<sup>27</sup> Cám. Civ. y Com. Quilmes, Sala 2ª, causa 2 I 18-11-2002 'Guglielmi s/ Cobro de pesos'.

<sup>28</sup> Pudiendo, incluso, configurarse algún tipo penal si la situación lo amerita.

<sup>29</sup> Cám. Civ. y Com. Quilmes, Sala 1ª, causa 8489, RSI-154-5, Interloc. del 08-08-2005, 'Autodesk Inc. c/ Stepako S.A. s/ Medidas preliminares'; Cám. Civ. y Com. Quilmes, Sala 1ª, causa 7501, RSI-225-4, Interloc. del 31-08-2004, 'Aadi Capif c/ Propietario de Audio Solano s/ Cobro de pesos sumario'; Cám. Civ. y Com. I, Sala 2ª Mar del Plata, causa 95645, RSI-851-95, Interloc. del 26-10-1995, 'Bianchi s/ Prueba anticipada'; Cámara del Trabajo y Minas, 4º Nominación, Santiago del Estero, causa Nro. 10908, fallo del 29-06-2000, en autos 'Zurita c/ Guardería Nivel Inicial Shishilo'.

<sup>30</sup> Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala 2ª, causa 98413, RSI-281-5, Interloc. del 21-04-2005, 'Bugia c/ Ruta Bus S.A. s/ prueba anticipada'.

de archivos digitales obrantes en una computadora. En este último ejemplo, se debe de secuestrar el ‘CPU’ y ponerlo en resguardo hasta la realización de la pericia informática, ya con el contralor de su titular.

En el caso del secuestro, es una típica cautelar que garantiza el derecho a probar (dado que tiende únicamente al resguardo del material probatorio), sin ser una prueba *strictu sensu*<sup>31</sup>. La verdadera prueba (anticipada o no) se realizará una vez que el objeto haya sido colocado a resguardo o se haya practicado un ‘reconocimiento’.

Si bien no existe en el digesto adjetivo de la Provincia de Buenos Aires, una norma similar al art. 326 ap. 4º del CPCCN, la medida objeto de este título es igualmente aplicable en función de lo normado por los arts. 221 y 232 del dicho cuerpo legislativo.

**C.- Persona conocida y domicilio desconocido.** Ya hemos visto en el punto IV ‘A’ ciertas dificultades que conlleva el anoticiamiento de la producción de la prueba anticipada.

De ahí que si la cuestión tiene sus complicaciones sabiendo cuál es el domicilio de la contraparte, en mayor medida acontecerán las dificultades si aquel no es conocido por el justiciable que tiene la carga de la citación.

La urgencia del caso no permitiría efectuar la búsqueda del domicilio a los fines de la notificación. Con ello, entonces, deberá pedirse la citación del Defensor, bastando – amén de acreditar la urgencia que caracteriza el instituto- manifestar que se desconoce el domicilio de la persona requerida.

Sin embargo, si la parte contraria luego demuestra que el interesado en la producción probatoria conocía su domicilio (por ejemplo, presentando una carta documento remitida), la subsistencia de la prueba se encontrará –sin duda- en serio riesgo (ver punto ‘IV.A’ *in fine*).

**D.- Persona/s desconocida/s.** En sintonía con el punto que precede, pero desde otro ángulo, si no se conoce a la persona que debe de citarse (Vgr., en una colisión de automotores en donde uno de ellos se dio a la fuga sin dejar sus datos filiatorios al interesado) la urgencia de la producción de la prueba anticipada haría impracticable la pronta averiguación y eventual búsqueda de aquél sujeto desconocido.

<sup>31</sup> **HITTERS, Juan Manuel**, ‘Cuestiones procesales que dimanar de un fallo sobre derechos de propiedad intelectual. Medidas cautelares, prueba anticipada y facultades del juez’, en Revista Doctrina Judicial, año XXVI, Nro. 26, 01-07-09, pág. 1767.

En virtud de ello, la citación del defensor estaría fundada, bastando la mención de que se desconoce quién será el contrincante en el juicio. Lógicamente y siguiendo la misma línea directriz que los puntos que anteceden, si se comprueba que efectivamente el requirente conocía la persona a citar, la prueba que hubo producido flameará en una cornisa.

**E.- Persona/s identificable/s.** Puede acontecer que *prima facie* no pueda determinarse quién será la parte contraria de un juicio, como sucedería por ejemplo, en un problema de humedad que surja en un departamento de propiedad horizontal, en el cual se desconoce si el desperfecto proviene de un caño maestro del consorcio o de uno u otro vecino o de todos. En dicha situación, la prueba anticipada hará las veces también de medida preliminar.

En esa circunstancia, el promotor de la prueba podrá consignar en su postulación que desconoce quién será su contendiente petionar que por ello sea citado el Defensor Oficial.

No obstante, siendo que cuando se trata del derecho de defensa no se debe escatimar, creemos que lo correcto será citar a todos aquellos que puedan erigirse como parte contraria (incluyendo al propio consorcio), además de hacer lo propio con el Defensor (para el supuesto de que pueda haber otra persona comprometida y no haya sido citada). Ello así pese a que –lógicamente- implicará cargar con las costas de aquél que luego -eventualmente- podría ser desentendido del futuro proceso por haberse comprobado que carecía de responsabilidad, sería la solución más segura para el actor.

Otra solución (un Defensor por cada eventual justiciable) no tendría sentido y no solo sería antifuncional, sino que atentaría contra la economía procesal *latu sensu*.

A todo evento, y si luego de producida la prueba anticipada la demanda se debe dirigir contra varios litisconsortes pasivos que no han sido citados previamente, el accionante igualmente podrá alegar que la actuación del Defensor ha sido en beneficio de todos.

**F.- Persona eventual traída a juicio por la contraparte.** Puede suceder que la prueba a llevarse a cabo sea realizada con la participación de los justiciables que intervendrán en la contienda. No obstante, es facultad de los litigantes, la de llamar a terceros al proceso (art. 94 y ccdtes. del CPCC). En este caso, esos terceros

(coactivos) también deberían ser anoticiados de la prueba anticipada que se realice.

Un ejemplo del punto en tratamiento sucedería en un proceso por daños y perjuicios, en donde el demandado tiene contratado un seguro de responsabilidad civil. Si se debe efectuar la prueba anticipada antes de notificada la demanda, el futuro accionado tendrá la carga de hacer comparecer al tercero, en virtud de su deber de colaboración con la justicia y el principio de buena fe procesal. Violaría el principio de colaboración, si sabiendo que el actor desconoce la existencia de su asegurador, *ocultare* esa circunstancia para que una vez producida la prueba y trabada la litis, este último alegue la nulidad de la misma en base a su temeraria conducta.

No obstante, para evitar dar lugar a cualquier planteamiento nulitivo, en el marco de las circunstancias descriptas, el accionante deberá petitionar al Juez que se conceda participación al Defensor para la eventualidad de que un tercero desconocido sea llamado al proceso e intente destruir la prueba, muchas veces irreproducible.

La diferencia con el supuesto visto en el punto ‘E’ anterior, es que allí no existe conocimiento o certeza en ninguno de los sujetos intervinientes, de que puede haber otra persona interesada en el juicio. En este ítem, en cambio, el tercero es propuesto por un sujeto distinto a quien ofreció la prueba anticipada. De ahí que a los fines de este trabajo, el presente supuesto ha sido denominado “eventual” para diferenciarlo del anterior y establecer las reglas de conducta que deben primar en cada supuesto.

## **V.- Facultades del Defensor Oficial.**

A los fines de cumplir con los cometidos de su intervención, el Defensor Oficial debe ser equiparado en sus facultades y cargas, a la parte que “representa”, sin mengua de algunas particularidades en atención a su carácter.

A tales efectos, podrá (además de petitionar la incompetencia del juez):

**A.- Cuestionar la admisibilidad de la prueba anticipada.** Esta facultad implica que podrá deducir una revocatoria, solicitando se desestime el trámite anticipado y se “difiera” para la oportunidad pertinente, por no haberse cumplido con los recaudos del caso.

Cabe recordar que es inapelable la diligencia admitida (art. 327 ap. 3° del CPCC), aunque entendemos que nada quita que se plantee una reposición dentro del plazo de tres

días de notificada (doctr. arts. 379 CPCCN, 377 CPCCBBA). Es preciso destacar que la providencia que admite el trámite es de naturaleza “simple” (art. 160 CPCC), por lo que el remedio adecuado contra ella sería la revocatoria (art. 238 del ritual).

**B.- Oponerse a la prueba por impertinente. La negativa de los hechos o documentos.** Si bien, en los ejemplos que hemos traído a colación aún no se ha notificado la demanda a todos los sujetos procesales, y siempre que surja del texto de la petición de demostración anticipada, que la prueba o el medio para su producción son impertinentes (vgr., art. 395 ap. 1º CPCCBBA), puede plantearse la respectiva oposición, y debe resolverse en el mismo acto.

En cuanto carga de negar los hechos o documentos, el Defensor al contestar la demanda, podrá diferirlo hasta después de producida la prueba (arts. 356 inc. 1º ap. 2º CPCCN, 354 inc. 1º ap. 2º CPCCBBA). Por ende, en el trámite de prueba anticipada, este funcionario ninguna negativa tendría que deducir. Esta carga para las partes debe ejercerse siempre en la *litis contestatio*, aunque nada quita que se efectúe antes.

**C.- Necesidad de la citación al Defensor.** Podrá también este funcionario poner en duda la necesidad de su intervención, cuando no se den los supuestos mencionados en el punto ‘IV’ de este ensayo.

Podría darse un caso en el cual –Vgr.- se encuentren claramente identificados los sujetos a intervenir o ya se ha trabado definitivamente la litis. En ese supuesto no es necesaria la intervención, siendo incluso apelable el despacho que así lo dispone (ver punto ‘IV’, 2º párrafo).

**D.- Posibilidad de controlar la prueba.** Dentro de este ítem se encuentra también la posibilidad ofrecer prueba anticipada, impugnar u ofrecer puntos de pericia, asistir a las audiencias y diligencias, impugnar dictámenes periciales, etc.

En fin, sus facultades se identifican con la parte o litisconsorte bajo su “asistencia”. Por ello, siempre habrá que analizar previamente las facultades procesales de la parte a la cual representa legalmente, ya que dependerá de la calidad en la cual intervendrá (Vgr., art. 112 últ. ap. CPCCN y CPCCBBA).

**VI.- Cese de la intervención del Defensor Oficial.** En principio, la actuación se limita

temporalmente hasta que se encuentre trabada la litis contra todos. Luego, su intervención ya no tendrá justificación alguna, salvo los casos del 341 ap. 2º del CPCCBA, pero éstos se vinculan con la situación procesal de algún demandado y no con lo ocurrido en la prueba anticipada.

**VII.- Conclusiones.** Como hemos destacado, esta institución denominada prueba anticipada, posee facetas que en ciertas ocasiones no resultan sencillas de predeterminedar habida cuenta la casuística que generalmente particulariza la situación.

Por ello, nos hemos circunscripto estrictamente a las causales de intervención del Defensor Oficial en este trámite, pudiendo identificar seis variantes.

También se ha puesto de relieve las consecuencias nulativas que podrían aparejar la falta de citación de este funcionario.

Asimismo, sus facultades procesales se equiparan a las de la parte o sujeto que “representa” legalmente.

Es por ese motivo, que deviene de utilidad para el requirente de la anticipación probatoria, el poder determinar con fehaciencia en qué escenario se encuadra su caso para lograr imprimirle la adecuada tramitación, soslayando así cualquier inconveniente futuro.

Por último, valga destacar que la razón de ser de esta figura –que resulta de gran utilidad en la vida cotidiana forense-, se vincula con la necesidad de brindar la adecuada protección jurídica y a la garantía de acceso a la justicia. De lo contrario, este último postulado solo sería un dogma y ninguna función cumpliría.

Las medidas de anticipación de prueba deben producirse con intervención del sujeto eventualmente afectado (art. 327, CPCC de la Provincia de Buenos Aires). En el caso, se declara la nulidad de las diligencias preliminares solicitadas y diligenciadas a fin de constatar la probable utilización indebida de programas de computación por parte de la demandada. Ello así, pues no se citó a la parte contraria, con lo que se le impidió controlarla y proponer la presencia de un técnico idóneo, cuando tal citación resultaba posible, aunque se efectuara con urgencia y muy acotada en el tiempo; y tampoco se dio intervención al defensor oficial. Bajo la apariencia de una prueba anticipada se desarrolló, con la anuencia del órgano jurisdiccional, una tarea investigativa impropia y reñida con el propósito del ordenamiento procesal civil de neto corte dispositivo, a lo que se suma el haber afectado la protección constitucional a la propiedad, el domicilio, la correspondencia y los papeles privados, y el derecho de defensa en juicio.

[Microsoft Corporation vs. Cooperativa Agraria Tres Arroyos Ltda. s. Medidas preliminares /// Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala II, Buenos Aires Bahía Blanca; 21-12-2010, RC J 97/11](#)