

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS**



**EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO
PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE:
LICENCIADOS EN CIENCIAS JURIDICAS**

PRESENTADO POR:

OSCAR ALEJANDRO FLORES BENITEZ.

LISANDRO MANUEL MEMBREÑO MEMBREÑO.

GERMAN GUADALUPE VASQUEZ MEZA.

OCTUBRE DE 2011.

SAN MIGUEL, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA.

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

ING. RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR ACADEMICO

ARQ. MIGUEL ANGEL PEREZ
VICE-RECTOR

LIC. DOUGLAS VLADIMIR CHAVEZ ALFARO
SECRETARIO GENERAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

DRA. ANA JUDITH GUATEMALA DE CASTRO
DECANA EN FUNCION

ING. JORGE ALBERTO RUGAMAS RAMIREZ
SECRETARIO DE LA FACULTAD

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS Y CIENCIAS
SOCIALES

AUTORIDADES
LIC. FERNANDO PINEDA PASTOR
JEFE DEPARTAMENTO

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA
COORDINADOR GENERAL DEL PROCESO DE GRADUACION
2011

DR. OVIDIO BONILLA FLORES
DIRECTOR DE CONTENIDO

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA
DIRECTOR DE METODOLOGIA

DR. OVIDIO BONILLA FLORES
DOCENTE EVALUADOR DE TESIS DE GRADO

AGRADECIMIENTOS.

A mi DIOS todo poderoso por sus bendiciones brinda a mi vida que me permitió poder culminar con mis estudios, sin mi DIOS no era sido posible cosechar este triunfo, gracia mi padre celestial por estar conmigo en todos los momentos difíciles de mi vida.

A mi madre Erlinda Benítez Arévalo que con mucho sacrificio, siendo padre y madre para mí, me brindo la oportunidad de poder realizar mis estudios, gracia madre por tu amor y consejo sin ti a mi lado no era sido posible culminar con mi estudio. Te amo madre.

A mis hermanos, Liliana, Roberto y Jazmín, por estar mi lado a lo largo de mi vida y brindarme su apoyo, ante la adversidad que hemos tenido en algún momento de la vida siempre estamos juntos para apoyarlo. Gracia por estar conmigo y sacrificarse junto a mí.

A mis tíos, por su apoyo que ha sido muy valioso, porque cuando tenía dificultades de seguir con mis estudios ustedes estaban ahí siempre para brindarme su apoyo y aliento.

A mi sobrinita, Adrianita que llevo a mi vida para llenarme de ilusión y alegría.

a mis abuelo, con su consejo y experiencia, me permitió llevar una vida por el camino del bien y con su cariño me dio fuerza para seguir adelante y así culminar mis estudio.

A mis amigo y compañero, que siempre estuvimos junto y apoyándolo mutuamente, en especial a los cheyenes que siempre lo mantuvimos juntos y vivimos grande momento, también a una persona especial en mi vida ligia por bridarme su amor y estar junto a mí.

Oscar Alejandro Flores Benítez

A Dios todopoderoso por la oportunidad de realizar mis estudios, que con mucho sacrificio he culminado; a ese que muchas veces lo olvidé, que muchas veces abandoné; sin embargo, nunca me olvidó, nunca me desamparó, al contrario fue cuando más estuvo conmigo, a ese Dios generoso y bondadoso gracias.

A mi madre Reina Membreño, que cada día se sacrificó con su trabajo, para que nunca me faltara nada en el estudio, y así poder lograr esta meta, a ella las palabras son insuficientes para expresar lo agradecido y feliz que me siento por tenerla y por haber sido siempre todo para mi, Gracias Mamá.

A mi hermana Tatiana Membreño, que me supo comprender y que me brindó su apoyo incondicional, que siempre me ayudó en lo que pudo, Gracias Hermana.

A mis amigos con los que siempre me he llevado, a todos ellos, este es un logro que compartiré con ustedes también; ya que sin el entusiasmo que los caracteriza tampoco estaría brindando estas pocas

palabras, y les digo que todo gran logro comienza con un sueño, por eso nunca dejen de soñar.

A los “cheyenes”, que una vez prometimos ser siempre un grupo unido, y que también irían palabras para ustedes, aquí estoy agradeciéndoles grandemente, porque nos hemos apoyado mutua e incondicionalmente los unos a los otros en este camino que apenas comenzamos; es para ustedes Germán, Óscar, Joel, José Luis, Francisco, Glenda, Hensy, Montalvo, Pineda Estrada, Edwin, Lic.Aguilar, y si alguno no mencioné es por no hacer larga la lista, gracias amigos. Gracias Tribu!

También a nuestro amigo Jonathan de Jesús Argueta, que por cosas de la vida cayó en este camino, por una grave enfermedad, amigo a ti también está dedicado este logro, que Dios te guarde y te bendiga.

LISANDRO MEMBREÑO.

Quisiera comenzar dándole la Gloria y la Honra al Señor Mi Dios que permitió cumplir uno de mis sueños y por darme salud y bendecirme todos los días de mi vida.

Quiero agradecerle nuevamente a Dios por haberme premiado con unos padres excepcionales, **Flor de Rosario Meza de Vásquez** y **Guadalupe Antonio Vásquez**, que supieron educarme con principios y valores cristianos, el temor a Dios y el amor a aquellas cosas maravillosas de la vida, gracias de verdad por ese esfuerzo incomparable para sacarme adelante y demostrarme que pese a las adversidades y pruebas que la vida nos pone no hay que decaer sino hacerse más fuerte para alcanzar lo que se desea en la vida; también a mis Hermanos queridos **Azucena** y **Hernán** quienes sufrieron junto a mi cada gota de esmero y dedicación, por soportarme en los malos momentos y darme el aliento necesario en el momento del desanimo, han sido mi inspiración, mi razón de ser y por eso, este triunfo se los dedico a ustedes; como también a mis tíos, primos y abuelos que nunca dejaron de brindarme su apoyo gracias inmensas a toda mi familia que de una u otra forma me ayudaron para lograr este primer triunfo en la vida.

A todos mis amigos y Amigas, que me brindaron tanto amor, cariño y comprensión, estando a mi lado incondicionalmente, los que al pasar de los años estuvieron ahí para evitarme problema; en si

gracias a todos los cheyenes, y en especial a JONATHAN ARGUETA que pese a que dejo de ser nuestro compañero por cosas del destino nunca dejo de ser amigo y nos demostró día a día la forma de luchar ante las pruebas que Dios nos pone en el camino pese a lo que sufres sé que eres y seguirás siendo un gran amigo; gracias infinitas a todos por haber puesto en mi ese honor de ser llamado su amigo y créanme que ustedes son parte de este gran regocijo que mi corazón siente.

Gracias Los docentes que forman parte de mi aprendizaje como profesional y como persona, les estaré eternamente agradecido por haberme formado de una manera íntegra y en especial al Lic. JOSÉ FREDI AGUILAR que nunca dudo de nuestra capacidad y pese a los regaños y consejos que en un primer momento no le tomamos importancia ahora vemos que al final surtieron efecto; no queda más que agradecerles por brindarme su amistad; me despido deseándoles muchas Bendiciones en cada instantes de sus Vidas, porque todos y cada uno de ustedes han participado en esta victoria.

“El señor es quien da la sabiduría, y de su boca sale la discreción y la ciencia” Proverbios 2:6
“Mas gracias sean dadas a Dios, que nos da la victoria por medio de nuestro Señor Jesucristo.” 1 Corintios 15:57.

GERMAN VASQUEZ.

INDICE.

CONTENIDO	PAG
INTRODUCCION.....	i

PARTE I

PROYECTO DE LA INVESTIGACION.

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1 Situación Problemática.....	3
1.2 Enunciado del Problema.....	10
1.2.1 Enunciados Generales.....	10
1.2.2 Enunciados Específicos.....	10
1.3 Justificación de la investigación.....	11
1.4 Objetivos.....	13
1.4.1 Objetivos Generales.....	13
1.4.2 Objetivos Específicos.....	13
1.5 Alcances de la Investigación.....	14
1.5.1 Alcance Doctrinal.....	14
1.5.2 Alcance Jurídico.....	16
1.5.3 Alcance Teórico.....	18
1.5.4 Alcance Temporal.....	19
1.5.5 Alcance Espacial.....	20

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO.

2.1 Base Doctrinal.....	22
-------------------------	----

Historia del Anticipo de Prueba.....	22
Época Primitiva.....	22
Época Feudal o Edad Media.....	27
Época Moderna.....	29
2.2 Base Teórica.....	37
2.2.1 El Anticipo de Prueba.....	37
2.2.2 Diferencias entre el Anticipo de Prueba y la Prueba	
Para Futura Memoria.....	40
2.2.3. Objeto del Anticipo de Prueba.....	42
2.2.4. Finalidad del Anticipo de Prueba.....	43
2.2.5. Naturaleza del Anticipo de Prueba.....	44
2.2.6. Requisitos del Anticipo de Prueba.....	45
2.2.6.1 Requisitos Según la Doctrina.....	45
2.2.6.2 Requisitos Según la Ley.....	47
2.2.7. Anticipo de Prueba y Diligencias Preliminares.....	50
2.2.8. Anticipo de Prueba y Aseguramiento de Prueba.....	52
2.2.9. Valor Probatorio del Anticipo de Prueba.....	57
2.2.10. Modo de Proceder en el Anticipo de Prueba.....	58
2.2.10.1. Juez Competente para Practicar el Anticipo de Prueba.....	58
2.2.10.2. Prueba que puede Anticiparse.....	60
2.2.10.3. Solicitud del Anticipo de Prueba.....	65
2.2.10.4. Admisión de la solicitud del Anticipo de Prueba.....	69
2.2.10.5. Citación y Señalamiento de la Audiencia para la Realización	
del Anticipo de Prueba.....	69
2.2.10.6. Resultado y Acta de la realización del Anticipo de Prueba.....	70
2.3 Base Conceptual.....	73

CAPITULO III: METODOLOGIA.

3.1 Hipótesis de la Investigación.....	82
3.1.1 Hipótesis Generales.....	82

3.1.2 Hipótesis Específica.....	83
3.2 Técnicas de Investigación.....	85
3.2.1 Entrevista no Estructurada.....	85

PARTE II

LA INVESTIGACION DE CAMPO

CAPITULO IV: ANALISIS DE RESULTADOS.

4.1 Presentación de Resultados.....	88
Entrevista no Estructurada N° 1.....	88
Interpretación de Resultados.....	98
Entrevista no Estructurada n°2.....	99
Interpretación de Resultados.....	108
4.2 Análisis de la Investigación.....	110
4.2.1 Solución al problema de la investigación.....	110
Problema Estructural.....	110
Problemas Específicos.....	111
4.2.2 Demostración y Verificación de Hipótesis.....	112
Hipótesis General.....	112
Hipótesis General N°1.....	112
Hipótesis General N°2.....	113
Hipótesis Específica.....	113
Hipótesis Específica N°1.....	113
Hipótesis Específica N°2.....	114
Hipótesis Específica N°3.....	114
4.2.3 Objetivos de la Investigación.....	115
Objetivos Generales.....	115
Objetivos Específicos.....	115

CAPITULO V: CONCLUSIONES

5.1 Conclusiones.....	118
5.1.1 Conclusiones Generales.....	118
Conclusiones Doctrinaria.....	118
Conclusiones Jurídicas.....	118
Conclusiones Políticas.....	119
Conclusiones Socioeconómica.....	120
Conclusiones Culturales.....	121
5.1.2 Conclusiones Específicas.....	122
Bibliografía.....	124

PARTE III

ANEXOS

Anexos.....	127
Anexo 1.....	128
Anexo 2.....	130

INTRODUCCION.

Esta investigación tiene como objeto el tema “El Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil”, con la finalidad de realizar un estudio dedicado especialmente al modo de proceder de esta figura Procesal.

El Anticipo de Prueba se aborda a las modernas tendencias, dedicadas a la búsqueda de principios constitucionales del derecho de audiencia e intermediación judicial. El trabajo de investigación se ha desarrollado sistemáticamente en cinco capítulos.

CAPITULO UNO: Dedicado al planteamiento del problema, se basa en un análisis de la coyuntura social y jurídica en la que se encuentra nuestro país con la vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, al conocer la problemática en general se identifican los problemas estructurales y específicos que dentro de la investigación se pretenderá darle solución.

Además se establecen las razones que justifican la investigación, como la importancia de esta figura dentro del proceso, para las partes, además en este capítulo se establecen los objetivos que como equipo se plantean para poder cumplir en la investigación, desarrollando así, objetivos generales y específicos.

Para terminar el capítulo uno, desarrollaran los alcances de la investigación, en donde se explican los alcances del proyecto de investigación especificando con claridad y precisión, hasta donde se pretende llegar y

Profundizar en la investigación siendo así los alcances Doctrinales, Jurídicos, Teóricos y Espacial.

CAPITULO DOS: Contiene el Marco Teórico consistente en conceptos y teorías que fundamentan y desarrollan el objeto de estudio referente al Anticipo de Prueba. Así mismo se ha desarrollado un estudio histórico comprendido en tres momentos, La Época Primitiva, la Época Feudal o Edad Media y la Época Moderna. También en este apartado se hace un análisis de los requisitos y el modo de proceder del Anticipo de Prueba de acuerdo a lo regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil.

CAPITULO TRES: Consiste en el desarrollo de la metodología que tiene como primer paso, elegir el método adecuado para el estudio del Anticipo de Prueba; luego se plantea la formulación de hipótesis que son productos de la recolección de información obtenida en los primeros capítulos, dichas hipótesis sirven para responder a los problemas planteados, las cuales son tratadas de manera general y específicas. También en este capítulo existe el apartado de las técnicas de la investigación, que es el método que sirve para la recolección de la información; haciendo uso de la entrevista no estructurada dirigida a los profesionales del derecho.

CAPITULO CUATRO: En este capítulo se presentan los resultados, donde encuentra plasmada íntegramente las entrevistas, las preguntas que se hicieron y sus respectivas respuestas.

Posteriormente se elabora un análisis e interpretación de resultados de cada uno de los instrumentos utilizados. Ya recolectados estos datos se pasa a la

Siguiente etapa que consiste en darle solución al problema de investigación planteado; haciendo la comprobación y verificación de hipótesis. Y por ultimo en este capítulo se hace un resumen de los puntos más trascendentales y notables obtenidos en la investigación de campo.

CAPITULO CINCO: se dejan detalladas las conclusiones a las que como grupo se ha llegado, después de desarrollar el proceso de investigación.-

Finalmente se presentan las referencias bibliográficas que como herramientas se utilizaron en el desarrollo de la presente investigación.

PARTE I

PROYECTO DE LA INVESTIGACION

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO

DEL

PROBLEMA.

CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.3 SITUACION PROBLEMÁTICA.

El Anticipo de Prueba como institución de derecho procesal ha sido de poco uso por los profesionales del derecho, provocando consecuentemente, el insuficiente tratamiento en la doctrina procesal, pero es de gran importancia poseer una idea clara de cómo funciona esta institución dentro de nuestro ordenamiento jurídico actual, para poder tener las líneas bien definidas y así saber cómo proceder frente a aquellas situaciones que provocan inevitablemente la práctica de esta figura.

Para tener una idea general de la situación a tratar dentro de esta investigación, se comenzará diciendo que el Anticipo de Prueba tiene por objeto la realización de actos de prueba en sede judicial, que por ciertas circunstancias valoradas por el legislador, son realizadas con anterioridad a la oportunidad que la regulación legal del proceso le destina.

Dentro de un efectivo análisis es preciso tener claro sobre que se entenderá por prueba, la cual para algunos autores consiste en una actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijan los hechos. Del concepto se ve que las afirmaciones de hecho de una de las partes quedan establecidas en un litigio de modo que pueda estimarse su pretensión o su resistencia, independientemente de que esa

Afirmación de hecho sea exactamente la verdad como concepto de ajuste a la realidad de un determinado hecho.

El vocablo prueba se deriva del latín "*probe*" que puede traducirse como buenamente, rectamente u honradamente, o según otros autores se deriva de la palabra "*probandum*" que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar o hacer fe, según expresa las leyes del Derecho Romano.

En su extensión lógica se puede comentar que prueba es una demostración o comprobación de la verdad de una proposición, bajo esta afirmación puede advertirse entonces que la prueba va dirigida hacia alguien, a quien se le pretende hacer razonar y que acepte mediante la exposición de nuestros argumentos la veracidad y autenticidad que poseen. Es decir, que prueba es tanto la democracia de la existencia de un hecho ignorado o no afirmado, como la confirmación de un hecho supuesto previamente afirmado.

En este contexto Couture, enseña que probar, es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto. Esta labor de averiguación o verificación cobra una singular importancia para la ciencia del derecho en especial, para la disciplina del derecho procesal civil, porque difícilmente puede concebirse la existencia de los derechos subjetivos sin que paralelamente se acuerden, cierto que con una variable amplitud, una razonable oportunidad para la demostración o recreación, por un lado, de los derechos que constituyen el presupuesto de la norma, y por el otro, de los que se afirman precisamente

Como contrarios u opuestos a ellos y autorizan, por ende la intervención del órgano judicial para restablecer o garantizar su observación

Probar destaca Muñoz Sabate, es efectuar una labor de traslación, que significa trasladar un hecho o suceso producido en unas coordenadas tiempo-espaciales distintas a las del juez a la presencia de este último, haciendo de este modo viable su repetición histórica, o como decía Musatti, actualizando con la más apasionante representación un evento pasado frente a un extraño, que es el juez, quien debe revivirlo como un episodio de su propia vida.

Como enseña Davis Echandía, sin la práctica de la prueba, el derecho se estaría exponiendo a su irreparable violación por los demás, y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y secundariamente restablecer el derecho establecido, y gráficamente describe esta afirmación con un viejo adagio, que dice tanto vale no tener un derecho cuanto no poder probarlo.

Atinadamente destaca Muñoz Sabate, de poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal, por eso se ha dicho que quien no consigue convencer al juez cuando su derecho es desconocido o negado, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho.

La prueba por regla general debe producirse en el juicio, en él se van a practicar e incorporar todos los medios de prueba, para que el tribunal los pueda apreciar en su conjunto y valorarlos para llegar así a una decisión en la sentencia. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, no será posible esperar hasta el juicio para producir la prueba, bien porque la naturaleza misma del acto lo impida o porque exista un obstáculo difícil de superar para que la prueba se reproduzca en el juicio. Por ello, el Código Procesal Civil y Mercantil crea un mecanismo para que estos actos definitivos e irreproducibles, puedan ser valorados posteriormente en el juicio. Para ello busca reproducir una situación semejante a la que se produciría en la audiencia, es decir, la práctica de la prueba en presencia de todas las partes, con respeto de la inmediación judicial y la contradicción entre las partes.

El juez, si considera que el acto de práctica del Anticipo de Prueba es ejecutable, ¿Cómo lo realizará?, ¿A quiénes citará?, ¿Quiénes tendrán derecho de asistir?; y cuando el juez rechace la solicitud de práctica del Anticipo de Prueba, ¿Ante quién podrá acudir el solicitante?, estas son algunas preguntas que se deben plantear. Una idea básica es que la garantía constitucional del debido proceso tiene la consecuencia, respecto de la actividad probatoria, de que la práctica de la prueba ha de tener lugar en el juicio ante la inmediación del tribunal que ha de juzgar. Sin embargo, existen excepciones a este principio, porque hay hechos probatorios de imposible reproducción en el momento del juicio que ameritan su anticipación como medios de prueba. Por ello, el Código Procesal Civil y Mercantil, permite y da

Valor, bajo ciertas condiciones un procedimiento para la práctica de la prueba bajo la intermediación del juez, pero ¿Cuál será ese procedimiento?, ¿Cómo será ese procedimiento?, Son unas interrogantes, y que prácticamente de la lectura del Código Procesal Civil Mercantil se obtiene una apreciación de su desarrollo, el cual debe ser llevado a cabo con estricta observancia de las garantías procesales. Una vez admitida la necesidad de esta excepcional forma de producción de prueba, se hace necesario tener bien definidos los supuestos en que procede la práctica de **esta**, y que mediante habilitación legal se permite su práctica, si es mediante una habilitación legal genérica ó mediante un sistema fijado con precisión dentro del Código Procesal Civil y Mercantil.

En vista que el Anticipo de Prueba es un adelanto a la aportación de esta en su momento procesal oportuno, entonces se tiene que hacer la pregunta ¿En qué momento o bajo qué circunstancias se debe realizar practica del Anticipo de Prueba?, pregunta que se pretende responder clara y explícitamente, en el desarrollo de esta investigación.

Una vez realizado el Anticipo de Prueba queda como incógnita cuales serán los criterios de admisibilidad para que ésta proceda. Se tiene claro entonces para que un medio de prueba cualquiera que sea y para ser admitido deba cumplir ciertos requisitos que son inexcusables. Estos son como el criterio de legalidad, que dentro de esta investigación se pretende especificar cómo se justifica, ante la producción de la prueba fuera del debido proceso,

por el Momento sólo queda decir en relación a éste, que por regla general solo los medios establecidos por la ley son admisibles en el proceso civil y mercantil; en cuanto a otro criterio se tiene la admisibilidad de la prueba, y este es el hecho si una prueba se encuentra prevista en la ley no significa por ello que ha de practicarse forzosamente, para que un medio de prueba deba ser practicado ha de tratarse de un medio pertinente y conducente.

Como precedente dentro del proceso civil y mercantil con relación al Anticipo de Prueba se tiene el Art.162. C.Pr.C en donde se le denominaba Prueba para Futura Memoria y hacía mención así: *cuando pudiera perder su derecho el demandante o demandado si no se recibiesen desde luego las pruebas, como si el testigo fuese alguna persona anciana, o se hallase enfermo de gravedad, o tuviere que ausentarse a mucha distancia y por tiempo indeterminado, o en otros casos semejantes, puede pedir que se reciba desde luego su declaración*, es así como el legislador consideró la eventual circunstancia que al no poderse practicar un medio de prueba por la pérdida de una fuente de prueba, permitió mediante esta figura que la parte dejara acreditada ya alguna afirmación de hecho básica para su pretensión.

Durante la vigencia del derogado Código de Procedimientos Civiles se estimaban también algunos requisitos precisos para permitirse la práctica de la prueba anticipada, tales eran, que el demandante o el demandado tuvieran riesgo cierto de pérdida de la fuente de la prueba, que era de carga del solicitante acreditar el riesgo de pérdida de la fuente de prueba (*periculum in*

mora), conduciendo así a acreditar a “prima fasie” ante el juez la ancianidad, la enfermedad o el viaje del testigo o del confesante.

Ahora con la entrada en vigor del Código Procesal Civil y Mercantil, se tiene esta institución que ha sido designada en un capítulo propio como “Anticipo de Prueba” y que trae algunas novedades en comparación con el tratamiento que se le daba en el derogado Código de Procedimientos Civiles, tal es el caso que explícitamente se menciona en el Art. 236 CPCM, que cuando por las circunstancias del caso de temer la pérdida de un medio de prueba por la imposibilidad de reproducción de los hechos en la audiencia probatoria, sea por la situación de las personas ó el estado de las cosas, y aún no se hubiese iniciado el proceso en el que habría de producirse esta, el futuro demandante, o demandado, que pretenda establecer la existencia de un hecho, podrá acudir al juez anticipadamente.

Además en este apartado se establece que tipo de prueba puede anticiparse, como se debe realizar la solicitud, y su procedimiento.

1.4 Enunciado del Problema.

1.2.1 Enunciados Generales.

- ¿Cuáles son los criterios que se deben valorar para la procedencia del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil?
- ¿Cuál es el modo de proceder en el Anticipo de Prueba regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil y que garantías conlleva el uso de esta figura para el titular del derecho en el Proceso Civil y Mercantil?

1.2.2 Enunciados Específicos.

- ¿Con cuáles medios de prueba de los que se encuentran regulados en el Proceso Civil y Mercantil, puede realizarse la práctica de la figura del Anticipo de Prueba que se regula dentro del Código Procesal Civil y Mercantil?
- ¿Cuál es el procedimiento que se debe practicar para poder realizar la práctica del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil?
- ¿Cuáles son las diferencias, entre el Anticipo de Prueba y las Diligencias Preliminares en el Proceso Civil y Mercantil?

1.5 Justificación de la investigación.

Esta investigación que se realizará sobre el Anticipo de Prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil, es de gran valor dentro del ámbito jurídico, especialmente para aquellos que se ven en la necesidad de acudir al auxilio de esta. Y es por el escaso uso que le dan los profesionales del derecho que su desarrollo se encuentra limitado, sin embargo es una figura muy importante de auxilio para garantizar la aportación de la prueba.

Y es que de poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar qué constituye la hipótesis legal. Por eso surge la figura del Anticipo de Prueba para la producción de la misma, como caso excepcional, procesal y cuya finalidad se examinará dentro del desarrollo de esta investigación. Este es el porqué se ha valorado realizar la presente investigación para encontrar qué función juega ésta dentro del ámbito probatorio.

Por ser el Anticipo de Prueba de contenido nuevo, dentro del ámbito procesal civil salvadoreño y no habiendo estudios sobre la temática a la cual puedan acudir los profesionales en auxilio al presentarse las circunstancias que produzcan los eventos para la práctica de esta, se ha tomado a bien desarrollar en qué consiste el Anticipo de Prueba.

También dentro del desarrollo de la investigación se hace inevitable analizar cómo se valora y como se realiza el procedimiento de esta, y si se llegase a

rechazar la solicitud de la misma ante quien se puede acudir o recurrir. Por eso es necesario encontrar como se justifica el uso de la figura del Anticipo de Prueba y cuáles son las reglas para la producción de la misma.

El método a utilizar para el desarrollo de esta investigación será el método empírico-analítico, es decir, de lo científico a lo analítico, y que armonice con la deducción e inducción, tratando de esa manera hallar acertadamente todos aquellos elementos que tengan relación alguna y que juegan un papel fundamental en el funcionamiento de la figura del Anticipo de Prueba; de tal manera, para lograr dicho cometido se emplearán estos métodos revisando ordenada y conjuntamente con ellos los elementos de la figura mencionada, hasta llegar al punto de poder alcanzar nociones amplias en cuanto a los conocimientos, definiciones y praxis del objeto de estudio de esta investigación.

Con la investigación de este tema se pretende lograr un pequeño pero importante aporte para todos aquellos profesionales, aplicadores del derecho en el área procesal civil y mercantil, porque se profundizará y analizará detalladamente todos aquellos elementos que configuran el Anticipo de Prueba, los requisitos que se exigen para que esta se pueda realizar y como procede en la práctica esta figura procesal; además un aporte doctrinal muy importante que pueda ser un apoyo para el mejor entendimiento de dicha figura objeto de esta investigación.

1.4OBJETIVOS.

1.4.1 OBJETIVOS GENERALES.

- Estudiar cuáles son los criterios que se deben valorar para la procedencia del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil.
- Analizar el modo de proceder en el Anticipo de Prueba regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil y que garantías conlleva el uso de esta figura para el titular del derecho en el Proceso Civil y Mercantil.

1.4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Identificar con cuáles medios de prueba, que están regulados en el Proceso Civil Mercantil, puede realizarse la práctica de la figura del Anticipo de Prueba regulada dentro del Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño.
- Detallar cual es el procedimiento que se debe practicar para poder realizar la práctica del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil.
- Determinar cuáles son las diferencias, entre el Anticipo de Prueba y las Diligencias Preliminares en el Proceso Civil y Mercantil.

1.5 ALCANCES DE LA INVESTIGACION

1.5.1 ALCANCE DOCTRINAL.

Con la presente investigación se pretende estudiar las diversas doctrinas hechas por diferentes autores sobre el Anticipo de Prueba y más en concreto sobre la incorporación de los distintos medios de prueba, que son temas bastantes relevantes a nivel procesal y discutidos a nivel de todas las sociedades y es así que encontramos opiniones de distintos tratadistas en donde unos concuerdan y otros difieren con las opiniones, por eso no se piensa dedicar este tema de investigación a un autor en general ya que se considera de relevancia estudiar las doctrinas de diversos autores para poder tener ideas más claras y precisas con respecto al Anticipo de Prueba que se encuentra regulada en el Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño, es así, como encontramos que eminentes tratadistas alzan sus doctrinas en diversos sentidos, en este respecto a modo de introducción se tiene a algunos autores que tratan al Anticipo de Prueba, así por ejemplo, Montero Aroca se expresa diciendo que el Anticipo de Prueba es la práctica de cualquier medio de prueba en momento anterior al del juicio (ordinario) o de vista (verbal), ante el temor de la fuente propia del mismo se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso, se trata, no de asegurar la fuente, sino de practicar el medio.

En general, puede entenderse por prueba anticipada, aquella producida en una fase o etapa anterior a la que se ha previsto ordinariamente dentro del

Procedimiento civil mercantil, que es justificada por situaciones excepcionales que pueden amenazar la fuente de prueba o su calidad, la prueba anticipada no hace sino reconocer y plasmar en el caso particular el derecho a probar que corresponde esencialmente a las partes interesadas y que es propio del debido proceso

No se trata, de otorgar con el Anticipo de Prueba un derecho por medio del cual la parte quiera aportar cualquier clase de prueba para que esta sea válida ó para establecer hechos de cualquier naturaleza, por el simple capricho de las partes, porque en la vida jurídica no puede existir un derecho de alcances y contenidos ilimitados, porque como bien sabemos será admisible el Anticipo de Prueba respecto de cualquier medio de los que el código procesal civil y mercantil prevé, siendo así muy claro al establecer que no con todos los medios de prueba se puede practicar esta figura, sino que solo de aquellos que se tema su ocultación o destrucción. El contenido mismo de la incorporación del Anticipo de Prueba en el ámbito procesal civil salvadoreño, está basado en una serie de dificultades, tanto en la admisión ante el Juzgado correspondiente como en la procedencia y resolución del mismo, aunado a esto no se debe dejar de mencionar la falta de técnica jurídica y experiencia del litigante, y por si fuera menos a todo lo planteado se debe agregar la falta de doctrina legal en nuestro país.

1.5.2 ALCANCE JURIDICO.

El contenido de esta investigación del Anticipo de Prueba que se encuentraregulada en el proceso civil y mercantil salvadoreño es de gran relevancia analizar y darle salida jurídica favorable a aquellas eventualidades y circunstancias que se presentan en determinados momentos en relación a las pruebas, de tal manera que se debe hacer un análisis sistemático de las leyes de la República que codifican de manera expresa o implícita el objeto de estudio mencionado. Tomando como base la Constitución de la República como norma fundamental y fundamentadora de nuestro ordenamiento jurídico que establece los principios bases para la regulación de las figuras jurídicas en las legislaciones secundarias. Para el análisis jurídico del objeto de estudio es preciso comenzar su desarrollo basándonos en el Código Procesal Civil y Mercantil específicamente el capítulo tercero referido a la actividad probatoria con un análisis de las norma generales sobre la prueba en los artículos que van desde el Art. 312 hasta el art. 325 del CPCM, donde se establece el derecho de probar que tienen las partes en igualdad de condiciones para la aclaración de los hechos controvertidos, que son fundamentales para las pretensiones de las partes, el objeto de la prueba, las excepción de prueba la licitud de la prueba que sea obtenida conforme a la ley, la proposición de la prueba por las partes. Dicha prueba de las parte debe ser pertinente, útil, en el caso del rechazo de prueba deberá ser mediante resolución debidamente motivada.

Luego se desarrolla un análisis de las disposiciones del código antes mencionado donde se establece de manera concreta el Anticipo de Prueba en su sección Segunda del Capítulo Tercero en los Artículos 326 y siguientes, que hacen mención que la prueba anticipada procederá cuando por las circunstancias del caso se teme la pérdida del medio de prueba por que existe la imposibilidad de la reproducción de los hechos en la audiencia preparatoria debido a la situación de la persona o al estado de la cosa, si iniciare el proceso el futuro demandante o demandado puede acudir al juez competente para efecto de practicar el Anticipo de Prueba, asimismo cuando se encuentra en trámite el proceso que no sea en etapa probatoria. Será admisible el Anticipo de Prueba respecto de cualquiera de los medios que prevé este código salvo excepciones como el caso particular de los instrumentos públicos o privados ya que sólo procede cuando iniciado el proceso que es donde se menciona y pretende su incorporación no llegado aún a la etapa probatoria y se tema su destrucción u ocultación. Se hace mención también si el Anticipo de Prueba se pide antes de iniciarse el proceso se deberá precisar los hechos que justifiquen su petición y mencionar la persona a quien se pretende demandar, quien será citada con suficiente anticipación para que pueda intervenir en la audiencia extraordinaria que se celebrará, y el resultado de la práctica del Anticipo de Prueba, así como el acta de dicha audiencia, quedará en el tribunal y se incorporará al proceso futuro.

1.5.3 ALCANCE TEORICO.

A la hora de abordar el tratamiento del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil Salvadoreño, es necesario asumir algunos puntos básicos que están estrechamente vinculados con el objeto de estudio, para lograr el objetivo planteado.

Aquellos principios inspiradores de todo ordenamiento jurídico que llevan a un Estado a asumir el compromiso de crear mecanismos para la protección de los derechos de los ciudadanos, mediante una protección jurisdiccional vinculada a leyes, donde quién pueda hacer valer su derecho mediante la posibilidad de acceder a esos mecanismos creados por el Estado para plantear sus razones, a través de un proceso en que las partes se encuentren en igualdad de derechos, obligaciones, cargas y posibilidades, ante una autoridad que sea imparcial y objetiva que pueda llegar a un nivel de conocimiento suficiente para valorar la pretensión. Proceso que quien pretenda hacer uso debe aportar una cuota de veracidad, buena fé y probidad procesal en su pretensión. Con el Anticipo de la Prueba en el Código Procesal Civil Salvadoreño se pretende la protección y eficacia de los derechos de las personas y la consecución de los fines que consagra la Constitución, dentro del respeto al principio de legalidad.

Por esto nuestro legislador ha impuesto la implementación de un Código Procesal Civil y Mercantil que tiene como objetivo mejorar la calidad de justicia civil-mercantil incorporando una serie de preceptos modernos.

Y un postulado básico para que la actividad probatoria sea válida tiene que sujetarse a los principios establecidos dentro del proceso, y su momento procesal oportuno para la producción se debe realizar dentro del mismo proceso por regla general pero el Anticipo de Prueba es una excepción y presenta sus propias cualidades dentro de ese gran repertorio de innovaciones al proceso civil salvadoreño, siendo compuesto el Anticipo de Prueba por un sistema de postulados y reglas que explican la funcionalidad de esta figura. Pero lo que contempla nuestro Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño podrá ser considerado como un esquema absoluto ya que en el ámbito del derecho todo es cambiante por ser una ciencia que va de lado al desarrollo humano y de las realidades sociales, económicas y culturales que tan cambiantes son, por eso sería un pecado asumir que se conoce todo lo que hay que saber al respecto. De esta manera se entiende que para muchos fenómenos científicos, sociales, económicos y culturales hay más de una teoría que opere en ellos, algunas más aceptadas que otras.

1.5.4 ALCANCE TEMPORAL.

Este alcance es de gran importancia ya que se proyecta delimitar el tiempo que englobará el presente proceso de investigación y así poder indagar e investigar todo lo referente al tema, cumpliendo con todos los parámetros propuestos para la investigación. En tal sentido, el presente trabajo de investigación, se enmarcará dentro del periodo comprendido de los últimos seis años, es decir desde el año 2005 hasta el actual año 2011, tiempo

Pertinente para el enfoque de la investigación debido a que durante este periodo podemos profundizar en dicha temática por que comienza a gestarse el anteproyecto de código civil y mercantil el cual fue aprobado el 18 de septiembre de 2008 y publicado el 27 de noviembre de 2008 durante dicho período podemos obtener la muestra necesaria para el análisis respetivo. Posteriormente se analizará el periodo que comprende a partir de su entrada en vigencia para hacer un enfoque práctico de la temática.

1.5.5 ALCANCE ESPACIAL.

La investigación se hará en los tribunales de la zona oriental del país **en específico**; no obstante ser el Código Procesal Civil y Mercantil una normativa de aplicación nacional, esto por razones de limitación económica, temporal y humana, para observar la implementación de la misma dentro del nuevo Proceso Civil y Mercantil; y para efecto de derecho comparado se tratará la institución solamente en uso comparativo.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO.

2.1 BASE DOCTRINAL.

2.1.1. HISTORIA DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

2.1.1.1. EPOCA PRIMITIVA.

A fines del IV milenio a.C., en la gran llanura entre el Éufrates y el Tigris, en el actual Irak, surgieron las primeras civilizaciones conocidas, en la franja que separa los dos ríos, llamada Mesopotamia. Hacia el año 1792 a.C., se inició el reinado de Hammurabi, dentro del imperio Babilónico, quien fue el que promulgó el famoso Código de Hammurabi en el año 1760 a.C., con una serie de sentencias judiciales que se convirtieron en leyes, a menudo se le señala como el primer ejemplo del concepto jurídico de que algunas leyes son tan fundamentales que ni un rey tiene la capacidad de cambiarlas. Estas leyes que se encontraban en el código de Hammurabi, eran consideradas de carácter divino, el objeto de este código fue homogenizar jurídicamente el reino de Hammurabi, dando a todas las partes del reino una legislación común. Entre algunas leyes de este código encontramos que la justicia la impartían los tribunales y se podía apelar al rey, y los fallos se debían plasmar por escrito.

A principios del II milenio a.C., el pueblo Hebreo originario de Mesopotamia y considerado como unatribúnómada dedicada al pastoreo, guiados por el patriarca Abraham, se habían trasladado a la tierra de Canaán, que abandonaron mas tarde para establecerse en Egipto, pero hacia 1280 a.C.,

fueron expulsados por el faraón y dirigidos por Moisés hacia la tierra prometida, el gobierno de este pueblo recayó en los jueces en el año 1000 a.C, y dentro de su sistema de justicia se decidía la inocencia o culpabilidad de una persona por medio de pruebas, siempre con la intervención de la divinidad, y, en el más antiguo de sus libros, las aguas amargas, se puede considerar como un juicio de dios.

En Grecia hacia el siglo VIII a.C., se encontraban organizaciones en pequeñas ciudades-estado, llamadas polis, con su propia estructura política, social y económica, estos eran amantes de la filosofía, ciencia y el arte. Dentro de esta civilización se encontraba una famosa obra llamada Antígona escrita por el poeta Sófocles, donde se hacía mención a un guerrero, que, habiendo tomado las armas contra su patria, fue castigado negando a su cadáver la sepultura. Una mano desconocida le tributó los últimos honores. Esta infracción de la ley fue atribuida al guarda y depositario de los restos del condenado. Éste afirma ser inocente del delito que se le imputaba y ofreció probar su inocencia, llevando en sus manos un hierro candente ó marchando sobre un brasero encendido y hasta Jurando por Dios.

La forma de obtener la prueba en la época primitiva era de carácter irracional, conociéndose con el nombre de "Ordalías", caracterizados por ser muy inhumanos, ya que los métodos utilizados para obtener pruebas atentaban contra la vida del mismo acusado. Y es que la prueba en las

sociedades primitivas era prácticamente un recurso a fuerzas supraterrenas, En las cuales se confiaban a fin de obtener la revelación de algún hecho oculto.

En sentido amplio se denomina “Ordalías” a aquellos modos de prueba irracionales, llamadas también “juicios de dios”. La ordalía significó, pues, colocar al sospechoso en una situación muy precaria, en que sólo el azar era capaz de salvarle. Pero la mentalidad primitiva no conocía el azar, para ella nada sucedía que no fuese efecto de las fuerzas sobrenaturales que dominaban el mundo.

Sin embargo el azar no podía estar condicionado por una buena o mala disposición del juez o sacerdote que intervenía en el rito, cosa que por lo general sucedía, lo que agravaba o disminuía el rigor de la prueba. Siendo las ordalías propias de los pueblos primitivos, aún ahora se practican en el África negra y posiblemente en otros lugares.

El origen de las Ordalías se remonta a costumbres visigodas, y mediante ella se dictaminaba, atendiendo a supuestos mandatos divinos, la inocencia o culpabilidad de una persona o cosa (libros, obras de arte, etc.) acusada de pecar o de quebrantar las normas jurídicas. Es así que en el antiguo testamento hay mención de una ordalía que se practicó en época muy lejana que corresponde a una etapa primitiva del pueblo judío. Se tenía el rito de los Celso que se efectuaba cuando una mujer, después de estar bajo la potestad de su marido, se hubiese desviado y manchado **cuando el hombre, atacado**

de celos sospechaba de su mujer. Entonces se ponía a la mujer en presencia de Yahvé y el sacerdote realizaba con ella el rito siguiente: conjuraba a la mujer y le decía: “si no ha dormido un hombre contigo, si no te has desviado ni manchado desde que estas bajo la potestad de tu marido, se inmune a estas aguas amargas y funestas. Pero si estando bajo la potestad de tu marido, te has desviado y te has manchado que Yahvé te ponga como maldición y execración en medio de tu pueblo, que haga languidecer tus caderas e infle tu vientre”. Pero si su organismo resistía y no se inflaba su vientre, era señal de inocencia y, conforme al rito la mujer no se había manchado y era pura, por lo cual estaba exenta de toda culpa y podría tener hijos”

Las pruebas para esta época las podemos clasificar en: **canónica y vulgar**:

- La **vulgar** consistía en las maneras de justificarse y eran inventadas por las supersticiones del pueblo.
- La **canónica**, en el juramento prescrito en los cánones y que se llamó **Juicio de Dios**, estos consistían en pruebas que en su mayoría estaban relacionadas con el fuego, tales como sujetar hierros candentes o introducir las manos en una hoguera. En ocasiones también se obligaba a los acusados a permanecer largo tiempo bajo el agua. Si alguien sobrevivía o no resultaba demasiado dañado, se entendía que Dios lo consideraba inocente y no debía recibir castigo

alguno. De estos juicios se deriva la expresión *poner la mano en el fuego*, para manifestar el respaldo incondicional a algo o a alguien.

-En cuanto a algunos países que practicaron las Ordalías por ejemplo España, un país que práctico mucho esta figura y a continuación se detalla:

- La prueba del agua hirviendo. Eso se presume leyendo algunas leyes, como el Fuero de León. En este fuero se habla de dos leyes diferentes con esta prueba, que se aplicó a las personas acusadas de homicidio, robo, etc. Se dieron abusos y para paliar esto, Alfonso VI, en 1072, mandó que sólo se realizase la prueba en la catedral de León, pero no hubo una observancia total de esta disposición. Esta pena se siguió aplicando y sancionando en los fueros locales.
- La prueba del desafío era igualmente admitida. Se encuentra en los fueros de León. En la ley duodécima de esta carta se permite a los acusados purgarse por medio del juramento o combate. Se confirma asimismo en Las Partidas.
- También se admitía la del **hierro ardiendo**, pero nunca se usó la prueba del **pan y del queso**.

Entre varios reglamentos famosos, en el fuero de León se establecía que si el alcalde y los hombres buenos o derechos tenían dudas acerca de si el acusado se había quemado o no, debían llamar como peritos a dos fieles herreros que prestaban juramento. El alcalde debía dictar sentencia teniendo en cuenta su testimonio.

-Tenemos que en Hungría las ordalías que se encuentran en la historia son:

A lo largo del siglo XI, reyes como San Esteban I de Hungría y San Ladislao I de Hungría se vieron forzados a establecer ordalías para contrarrestar enormes olas de hurtos y robos surgidos durante crisis sociales causadas por guerras, problemas de sucesión e invasiones de pueblos bárbaros de Asia. Entre las pruebas más comunes se hallaba el de sostener una vara de hierro incandescente y era aplicado por lo general a ladrones que habían pedido santuario en alguna iglesia. Tal sería la agudez de la crisis de robos en la época de *Ladislao I*, que aquel que fuese sorprendido robando, podría recibir mutilaciones en nariz u oídos, o sencillamente ser colgado. De esta manera las ordalías eran consideradas como la única esperanza de los criminales para poder sobrevivir.

2.1.1.2. EPOCA FEUDAL O EDAD MEDIA.

En esta época se fue formando un pensamiento filosófico, la Escolástica que fue una corriente teológico-filosófica dominante del pensamiento medieval, y se basó en la coordinación entre fé y razón, que en cualquier caso siempre suponía una clara subordinación de la razón a la fé, el principal estudio era el de la lógica, pues se pensaba que habiendo creado a Dios la razón humana, esta no podía fallar y una serie de razonamientos justos debían revelar los secretos del mundo. En el derecho nace el sistema de prueba legal, el cual estaba basado en la razón abstracta, en reglas que ataban la conciencia del Juez, subordinándose a un ordenamiento pre-establecido, a un sistema

complejo de normas que precisaban de antemano el valor legal de cada hecho, de cada circunstancia del proceso y dictaban el fallo al sentenciador, sin preocuparse de su propia convicción, este no era libre de apreciar por sí mismo esta prueba, ya que debía sujetarse a la regla legal y acallar lo que en su fuero interno le dictaba la conciencia.

Se distinguían asimismo entre pruebas concluyentes y demostrativas, reales o presuntivas, afirmativas o negativas. Las pruebas plenas o manifiestas eran aquellas que bastaban para convencer al Juez, de manera que este perdía la libertad de apartarse de su fuerza, sin importar cual fuere su convicción, eran de esta especie la confesión del acusado, cuando reunían las condiciones requeridas para hacer fe, la deposición de dos testigos del hecho o los indicios muy graves, el juez debía entonces limitarse a comprobar la existencia de la confesión, de la declaración de los testigos o de los graves indicio que proporcionaban el proceso, una vez establecidos, la condena surgía por efecto de la Ley, el sentenciador no podía dejar de pronunciarla.

Las pruebas semiplenas o semi-pruebas eran las que si bien merecía algún valor no eran bastante fuertes para decidir el juicio, como si hubiese declarado un solo testigo presencial del hecho o existiera una confesión extrajudicial del acusado para condenar permitía sin embargo que se aplicara la tortura ordinaria.

A partir del siglo XIII, la confesión del acusado fue el modo de prueba que alcanzó mayor credibilidad y desde entonces se buscaron los medios

posibles para obtenerla. La tortura era de dos tipos, **Ordinaria** destinada a obtener la confesión del delito, y la **Extraordinaria**, que se daba antes de la ejecución de la pena capital con el fin de que el reo denunciara a sus cómplices. Siempre que reuniese la calidad de prueba considerable y el cuerpo del delito estuviere ya comprobado.

2.1.1.3. EPOCA MODERNA.

La edad moderna es el periodo histórico occidental que abarca desde 1453 a 1492, (la toma de Constantinopla por los turcos o el descubrimiento de América por Colón), hasta la Revolución Francesa en 1789. El desenvolvimiento de las diversas legislaciones de cada Estado, tiene como consecuencia, la pérdida de uniformidad del proceso; con el surgimiento de distintas ordenaciones judiciales. Aludiendo a tales acontecimientos, el Proceso Civil salvadoreño es, probablemente inspirado en los movimientos codificadores españoles de principios y mediados de Siglo XIX; un proceso medieval, basado en las Partidas de Alfonso X El Sabio, con algunos retoques propios de la época liberal. Razón por la cual se hace referencia directa al origen de ésta influencia, trascendental en el ordenamiento jurídico procesal. En España la recepción del Proceso Común, tiene apertura principal en la baja edad media, por la compilación llevada a cabo por Alfonso X en el año 1265, conocida como Las Siete Partidas; la tercera de ellas, se dedica a la materia procesal; acusa la recepción del Proceso Común; los Principios de éste, se encuentran recogidos en las obras del

maestro Jacobo de las Leyes, en su obra Flores del Derecho, Doctrinal y Summa de los Nove Tiempos de los Pleitos, que introducen las concepciones del Proceso Común.

Con posterioridad, durante la edad moderna, el movimiento unificador de los Ordenamientos u Ordenanzas y las Recopilaciones, deja apenas sin modificar el tipo de proceso tan fielmente recogido del Derecho Común, que establecieron Las Partida: esto es particularmente aplicable al Ordenamiento de Montalvo (1480), Las Ordenanzas de Madrid (1499), las Leyes de Toro (1505), La Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805). Es a partir de los Códigos de Napoleón, que se empieza en todos los países a codificar los procedimientos judiciales. Debemos entonces, partir de ese momento histórico para analizar la forma como en nuestro país se comienzan a codificar los procesos en las distintas ramas del derecho, específicamente lo concerniente al área Procesal Civil vinculado al tema de la prueba. Debemos mencionar, que en España, con la Constitución de 1812, se establecieron los principios de las codificaciones, siendo éstos la base de la creación de la Ley de Procedimiento o Enjuiciamiento, cuyo origen se debió a los problemas de injusticia que se vivían en ese momento.

Nuestro país retoma la idea de España, heredando así el sistema de codificación originario de ese país, el cual presentaba una serie de contradicciones, difícil de comprender y aplicar, pues si bien ésta codificación se debió en un principio a la falta de justicia, este sistema no logró obtener el

objetivo contrario: alcanzar la justicia. De ahí que nuestro país realizara en las leyes ya heredadas, una serie de derogaciones y variaciones, por las contradicciones e incongruencias que éstas tenían; idea que fue sostenida por los juristas Isidro Menéndez e Ignacio Gómez, quienes expresaron en ese momento: La legislación que ha regido a El Salvador, formaba parte del confuso hacinamiento de voluminosos e incoherentes cuerpos de leyes españolas. Tras varios intentos de codificar leyes procesales, es hasta el día 20 de noviembre de 1857, cuando entran en vigencia, los Códigos de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas, considerado como el primer código declarado ley de la República, estando su contenido dividido en varias partes.

Luego, en el año de 1863, se crea un nuevo código, el cual a pesar de llamarse siempre Código de Procedimientos Judiciales, ya se formularon dos Códigos, el de procedimientos civiles y el de instrucción criminal; mismo que fue derogado, al entrar en vigencia el Código de Procedimientos Civiles de 1881, el cual, sufrió una serie de reformas, y que se mantuvo en vigencia hasta año 2009 con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil. Es en esta legislación de materia civil donde podemos encontrar el primer vestigio histórico del Anticipo de Prueba en El Salvador. Dentro del diseño del Código de Procedimientos Civiles, que como ya dijimos, data de 1881, se encontraba, específicamente en el Título III, lo concerniente a los actos previos a la demanda, y dentro de ese capítulo, el artículo 162, establecía lo relacionado al Anticipo de Prueba que en esa regulación se

denominó prueba para futura memoria y esta era permitida en aquellos casos en los cuales, el demandante se encontraba en la situación de perder su derecho al no recibirse las pruebas, por ejemplo, cuando una persona era anciana, estaba enferma ó por ausencia indeterminada. Asimismo dicho cuerpo de leyes, admitía como prueba para futura memoria, la petición de posiciones, tal como fue regulada en el Artículo 376 del Código de Procedimientos Civiles derogado.

Analizando el cuerpo legal del Código de Procedimientos Civilesya derogado, en relación a las pruebas que pueden perderse ó la producción de la prueba por anticipado,se puede decir que el Anticipo de Prueba ó Prueba para Futura Memoria era considerada un acto previo a la demanda, por estar regulada en los casos particulares al momento de interponer la demanda esto es así porque lo regulaba en aquellos actos que se realizaban antes de interponer lademanda, de esto cual se puede interpretar además que el legislador no permitió que se practicara esta figura una vez iniciado el proceso, ya que de la lectura de otro artículo que más adelante se citará, se señalaba que la prueba sólo podía producirse en el término probatorio y es ya en la parte final del mismo artículo donde el legislador hacía la excepción,ya que enunciaba habilitación legal,la que consistía que en aquellos casos expresamente enunciadosse podía producir la práctica de la prueba en otro momento procesal,de todo lo dicho se relaciona el Art. 162 del Código de Procedimientos Civiles derogado donde enunciaba cuando pudiera perder su derecho el demandante o demandado si no se recibiesen

desde luego las pruebas, como si el testigo fuese alguna persona anciana, o se hallase enfermo de gravedad, o tuviere que ausentarse a mucha distancia y por tiempo indeterminado, o en otros casos semejantes, podía pedir que se recibiera desde luego su declaración, con citación contraria, y sería firme y valedera; pero si la otra parte estuviere ausente del lugar del juicio se recibiría la declaración con citación del Síndico Municipal, debiendo en este caso ratificarse el testigo en el término de prueba si estuviere presente, con la citación contraria, para que surtiera la declaración su efecto legal; esto siendo la excepción a la regla general, la que se encontraba regulada en el Art. 242 del Código de Procedimientos Civiles derogado que establecía que las pruebas debían producirse en el término probatorio, con citación de la parte contraria y ante el Juez que conocía de la causa o por su requisitoria, pena de no hacer fe. Se exceptuaban los casos expresamente determinados por la ley, es decir, que las pruebas debían de producirse en el termino probatorio, con citación de la parte contraria y ante el juez que conocía de la causa bajo pena de no hacer fé, pero dicha disposición añadía la excepción a la regla general donde permitía en aquellos casos expresamente determinados por la ley.

Como se puede apreciar, el Anticipo de Prueba o Prueba para Futura Memoria, se apartaba de la regla general y se señalaba dicha excepción sin embargo era necesario justificara razón de que se permitía esta excepción, la razón se encontraba dentro de la misma disposición citada y era que en virtud de tratarse de situaciones anormales por causa de diversa índole, en

que si no existiera esta permisibilidad, se hubiese condenado irremediabilmente al actor o al reo a perder su derecho, por volvérselos imposible posteriormente la obtención de las pruebas necesarias para el triunfo de sus pretensiones, por esta razón consideró el legislador la prueba para futura memoria en el código de procesal civil.

En la regulación en cuanto al Anticipo de Prueba ó Prueba para Futura Memoria, de su análisis a prima facie podría interpretar que aparentemente sólo en los casos planteados dentro del Artículo 162 del Código de Procedimientos Civiles derogado eran objeto de prueba anticipada, tal como lo era la prueba testimonial, documental y de confesión, sin embargo, al leer detenidamente la disposición se llega a la conclusión contraria, pues el legislador ahí expresó que cuando pudiera perder su derecho el demandante o demandado si no se recibiesen las pruebas, como si el testigo fuese alguna persona anciana, indicando así el legislador que de ninguna manera redactó una disposición taxativa y, por el contrario, se limitó a considerar que, dada su naturaleza, se hacía necesario señalar algunos ejemplos ilustrativos, lo que si se señaló taxativamente fueron las reglas especiales para su obtención, reglas que no consideró indispensable para el resto de pruebas que admitía el sistema procesal.

El modo como procedía la figura del Anticipo de Prueba ó Prueba para Futura Memoria en el derogado código procesal civil era en primer lugar que se hacía necesario conceder el derecho de obtener previamente la prueba,

tanto al demandante como al demandado, pero era necesario recalcar que únicamente podían hacer uso de este derecho cuando realmente se pudiese perder el derecho en vista de volverse imposible la obtención posterior de la prueba, era condición indispensable para la validez de la prueba obtenida de conformidad a la disposición, la citación de la parte contraria, lo cual estaba acorde con los principios generales que regían la prueba y que permiten evitar actuaciones que no tengan otra finalidad que burlar el principio de contradicción probatoria. En lo que se refería a la obtención previa de prueba testimonial, la ley señalaba algunos ejemplos de los casos en que procedía y añadía además que debía de recibirse con citación contraria, pero que si la otra parte estuviera ausente del lugar del juicio, se recibiría la declaración con citación del sindico municipal, indicando además, que en ese caso debía de ratificarse la declaración si el testigo estuviere presente, esto es, que las circunstancias especiales que obligaban a la obtención anticipada de prueba, debían probarse previamente al juez para que éste decidiera si procedía la recepción de prueba, pero no señalándose trámite especial para ese efecto, se podía colegir que se debía de aplicar el Art 1254 del Código de Procedimientos Civiles derogado que regulaba que para los asuntos de mera jurisdicción voluntaria, para la práctica de diligencias, no será necesario señalar lugar, día y hora, en lo relativo a la prueba documental, decía el Art. 162 del Código de Procedimientos Civiles derogado que debía obtenerse concitación del Sindico Municipal si no hubiere parte interesada conocida, pues si la hubiere debía citársele y si estuviere ausente procederse como en

el caso anterior. Nuestro sistema judicial, además del código de procedimientos civiles reguló la prueba anticipada en materia de familia, siendo que en el actual Código Procesal de Familia, decretado en el año de 1994, donde por segunda vez, se admitió la prueba anticipada a través del Art. 54, el cual establecía que el Juez podrá ordenar la práctica anticipada de cualquier prueba, cuando no pueda efectuarse en la audiencia, o cuando la dilación pueda provocar grave riesgo para el ejercicio del derecho y la práctica de esta se realizará previa cita de las partes y del procurador de familia, pena de no hacer fe. Lo anterior indica que la prueba anticipada en materia de familia, está reglamentada, en términos similares, a la regulada, en materia procesal civil.

Y es así como la constante transformación del derecho a evolucionando a razón de las realidades históricas y políticas propias de cada época que se transforman debido a factores económicos, sociales, culturales políticos y democráticos, las cuales adquieren un juego en la dinámica entre partes, jueces y litigantes, dentro del ordenamiento jurídico forzado a actualizarse, y así como el Anticipo de Prueba va adquiriendo su forma actual, de ser una prueba para futura memoria a ser la actual figura de Anticipo de Prueba, donde deja de ser un acto previo a la demanda y que sólo antes de la interposición de ésta se podía practicar, pasó a la habilitación de poderse practicar en cualquier momento.

2.2 BASE TEÓRICA.

2.2.1. EL ANTICIPO DE PRUEBA. CONCEPTO.

Esta figura del Anticipo de Prueba ha sido definida por algunos autores de los cuales se tiene a Asencio Mellado para quien el Anticipo de Prueba es *“una de las excepciones justificada, al principio de práctica de la prueba en el juicio oral”*¹; por otro lado se tiene a Montero Aroca quien da un concepto más amplio de esta figura y dice que esta *“consiste en la práctica de cualquier medio de prueba en momento anterior al del juicio o de la vista, ante el temor que la fuente propia del mismo se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso”*², afirmando esta idea se tiene en efecto a Alfredo Di Iorio diciendo que el Anticipo de Prueba es *“la realización de actos de prueba en sede judicial, que por ciertas razones, valoradas por el legislador como hechos de protección se realizan con anterioridad al proceso o a la oportunidad procesal oportuna”*³; y por último Manuel Ossorio quien en su Diccionario de Ciencias Jurídicas expresa que el Anticipo de Prueba *“es la que se obtiene o practica previamente a la traba de la litis”*⁴.

¹ ASENCIO MELLADO, José María. Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida. Ed. Trivim. Madrid España 1989. Pág. 171.

² MONTERO AROCA, Juan Montero. El Nuevo Proceso Civil. Editorial Tiran Lo Blanch 2da Ed. Madrid España, 2001. Pág. 333 y 334.

³ DI IORIO, Alfredo J., Prueba Anticipada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.-

⁴ OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Primera Edición Electrónica, por Datasca S.A de C.V.

Además de definiciones conceptuales se encuentra también que algunos autores, al referirse a esta figura la enuncian como Prueba Anticipada, y otros como Anticipo de Prueba; sin embargo, se puede decir que consisten en lo mismo; y lo que difiere entre ambos enunciados es un devenir histórico, es decir, que fue denominada como Prueba Anticipada o Prueba para Futura Memoria, allá en el derogado Código de Procedimientos Civiles, cosa que hoy en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil es denominada como Anticipo de Prueba, pero en cuestiones de fondo su naturaleza sigue siendo la similar.

Habiéndose citado algunos conceptos y haciendo una distinción en cuanto a términos, se puede decir que el Anticipo de Prueba, comporta la ejecución de los medios probatorios bien en la fase inicial, o durante el juicio, confiriéndole a tales efectos pleno valor probatorio, en cuanto hayan concurrido los requisitos necesarios para que esta se pueda practicar, que son las circunstancias de irrepetibilidad y provisionalidad en que se pueda encontrar la fuente de la prueba, y junto también a los requisitos de cumplimiento de la inmediación judicial y el derecho de defensa.

En consecuencia, el Anticipo de Prueba es un acto previo a la producción general u ordinaria de las pruebas en el sistema procesal civil oral; y considerándose que las partes hacen valer su derecho a través de la prueba presentada en el proceso, y algunas veces es posible que se estime el peligro de la pérdida de alguna fuente o de un medio de prueba, es que

aparece como posibilidad jurídica dicha figura, con respecto al momento procesal en el cual la práctica de la prueba debería producirse. Es decir, es un modo excepcional de producir prueba por razones de urgencia, necesidad y seguridad; ante la posibilidad de que la misma desaparezca o se haga muy difícil su obtención.

En algunos supuestos, efectivamente, resulta necesario que se franquee la posibilidad jurídica que las partes practiquen anticipadamente la prueba que servirá para probar sus quejas. Sin embargo, ello no debe asimilarse como algo absoluto, ya que de algún modo merma el verdadero sentido del contradictorio en los sistemas de la oralidad; ya que en los sistemas de derecho procesal civil oral, se exige que la producción de prueba, se verifique bajo un procedimiento determinado que las reglas procesales prevén, como por ejemplo, la proposición de la prueba en Audiencia Preparatoria; pero tratándose del Anticipo de Prueba, al parecer, todo escapa de esa rigurosidad; y más aun por este motivo se constituye un sacrificio, en algunos casos excepcionales, al principio de la inmediación, baluarte en el sistema procesal civil oral; por lo cual deben entenderse las razones de la excepcionalidad en su configuración legal permisiva. De hecho la regla general debe entenderse que es simplemente la imposibilidad de que pueda anticiparse prueba en la medida que se irrespetan las reglas probatorias típicas del proceso civil oral y solo excepcionalmente la anticipación podrá verificarse. Por lo cual el equilibrio y la salvación es dejar plasmadas algunas

exigencias ante el aparecimiento de la necesidad que se anticipe prueba, por ejemplo el temor fundado de pérdida de la fuente.

2.2.2 DIFERENCIAS ENTRE EL ANTICIPO DE PRUEBA Y LA PRUEBA PARA FUTURA MEMORIA.

A continuación se hará una distinción entre la figura que se estudia la cual estuvo regulada en el Código de Procedimientos Civiles ya derogado en su Art. 162, y que actualmente se encuentra regulada en el Art. 326 al 329 del Código Procesal Civil y Mercantil.

1). En el Art. 162 C.Pr., en cuanto a la solicitud de la práctica anticipadamente de un medio de prueba, era algo que solo se podía pedir, antes de iniciarse el proceso, y una vez iniciado ya no se podía solicitar; la razón era porque esta figura estaba regulada como uno de los actos previos a la demanda, por ello su regulación era sólo antes de la demanda. Cosa diferente en el Art. 326 CPCM en cuanto al Anticipo de Prueba aquí si se puede practicar el medio de prueba antes de interponer la demanda y aun después de interpuesta, es decir, durante el proceso, siempre y cuando sea antes de la Audiencia Probatoria.

2). Otra diferencia que existe entre la Prueba para Futura memoria y el Anticipo de Prueba, es la estricta intervención entre las partes interesadas que puedan resultar afectadas; es decir, para que fuese recibida la prueba que se encontraba en riesgo de forma anticipada se permitía la intervención

del síndico, el cual no tenía nada que ver con el proceso, y realmente ni participaba a veces porque su participación era optativa podía o no podía llegar el síndico y la prueba siempre se iba a recibir; caso contrario es en Código Procesal Civil y Mercantil, que se debe citar a la parte contraria para la práctica del medio de prueba, cosa de no ser así la prueba es inadmisibile.

3). En cuanto a las diligencias de práctica del Anticipo de Prueba en el código derogado, no establecía sobre quien se quedaría con el resultado de dichas diligencias; es decir, no decía a quién le quedaba tales diligencias si al tribunal ó al litigante, para luego poderla hacer valer en su momento oportuno. Cosa que en Código Procesal Civil y Mercantil establece que estas quedan en la sede judicial.

4). También en cuanto a la prueba testimonial si era practicada anticipadamente y si existía la posibilidad que si ese medio de prueba se pudiera practicar nuevamente dentro del proceso, es decir, que hubieren desaparecido aquellas circunstancias de temor, la enfermedad, o la ausencia, no se podía practicar nuevamente. Ahora con el Código Procesal Civil y Mercantil, cuando se ha practicado el Anticipo de Prueba, con respecto del Medio de Prueba Testimonial, se habilita la posibilidad, que si los riesgos de temor o perdida de ese medio de prueba ha desaparecido, se puede solicitar que se practique nuevamente en la Audiencia Probatoria; es decir, que se vuelva a citar y que vuelva a declarar para que la parte tenga la posibilidad de formular nuevamente su contrainterrogatorio.

5). Otra diferencia entre el Código de Procedimientos Civiles y el Código Procesal Civil y Mercantil, es que para recibir la prueba de forma anticipada, es que mediante esta nueva regulación, se ha especificado que se puede practicar respecto de todos los que han sido regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, aun aquellos que no se encuentren regulados siempre que no atenten contra la moral y la libertad personal; mientras que en el Código de Procedimientos Civiles, solo se enunciaban algunos supuestos como a manera de ejemplificar y no expresaba con respecto de cuales se podía practicar esta figura procesal.

2.2.3. OBJETO DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

Entendido el concepto del Anticipo de Prueba, es de pasar al análisis sobre el objeto de realización de esta figura, el cual consiste en procurar que las partes puedan obtener la práctica de un medio de prueba de los cuales se espera se produzcan en el momento procesal que le acuerda el ordenamiento legal. Es decir, el Anticipo de Prueba garantiza el derecho de poder practicar la prueba, con la finalidad de verificar sus pretensiones en el momento procesal oportuno ante el juez; ya que la prueba es la esencia del proceso y sirve para el convencimiento de este, y así pueda juzgar conforme a derecho y lo mas justamente ante lo planteado por las partes, previamente haber sido probado fehacientemente por estas, ya que la actividad probatoria es una actividad dirigida a despejar la incógnita sobre los hechos controvertidos dentro del proceso tal como expresa Montero Aroca, citado

por Escribano Mora, que la prueba es *“la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos”*⁵. Convirtiéndose así en el núcleo del proceso y en su objeto básico, premisa que sustenta con más arraigo el objeto del Anticipo de Prueba, debido a que de no poderse realizar la actividad probatoria, de nada serviría encontrarse con la posesión del más claro e incontrovertible derecho, por lo que con esta figura se garantiza tener la oportunidad dentro del proceso para poder exponer la veracidad de los presupuestos planteados por las partes. En síntesis, la prueba como actividad encaminada a alcanzar la certeza en el juzgador, mediante la utilización de los medios de prueba pertinentes, constituye un derecho fundamental e inseparable del derecho de defensa; y que al encontrarse en peligro su práctica en el momento procesal oportuno, surge la figura del Anticipo de Prueba, siempre arraigándose a los principios generales de la práctica de prueba en fase ordinaria, como son la contradicción, inmediación, concentración, igualdad de armas entre los litigantes y la oralidad, que se encuentran indisolublemente unidos a los derechos de defensa y a la tutela efectiva, como manifestaciones esenciales del fundamental derecho del acceso a la justicia.

2.2.4. FINALIDAD DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

⁵ ESCRIBANO MORA, Fernando. La Prueba en el Proceso Civil. 1ra Ed. CNJ. El Salvador. 2001. Pág.31.

La anticipación de prueba constituye una de excepciones más relevantes de la actividad probatoria, pues de nada sirve establecer una completa y exhaustiva regulación de la materia, si la prueba no puede practicarse debido a que el transcurso del tiempo, ínsito en todo proceso, la ha hecho desaparecer o se ha destruido el objeto de la misma.

Por eso, el Anticipo de Prueba tiene como finalidad, practicar actos de prueba que son realizados en sede judicial, los cuales son ejecutados con anterioridad al momento procesal oportuno estimado en el proceso, para que las partes puedan producir anticipadamente la prueba y conservar así la garantía de probar su pretensión en el momento procesal acordado por el legislador.

2.2.5. NATURALEZA DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

Considerando notablemente los supuestos sobre los cuales se fundamenta el Anticipo de Prueba, se tiene que la práctica de esta obedece a ciertas circunstancias anormales que puedan darse en el transcurso del proceso o previo a este, las cuales deberán de practicarse de manera inmediata, para no perderlas, lo que se hará constar en actas, y que al momento de realizar el procedimiento, deberá incorporarse a este, mediante su respectiva forma, y lograr en ese momento la calidad de prueba. Por lo tanto se considera que la naturaleza del Anticipo de Prueba, es de carácter previo o preparatorio, en otras palabras se dirá que es un acto de realización previo o preparatorio con la finalidad de constituirse en prueba al celebrar el juicio, y así garantizar que

la parte que alega su pretensión pueda contar con esas pruebas para confirmar las afirmaciones o circunstancias con las cuales pretendemos convencer al juzgador, mediante la producción de aquellos medios de prueba que se estime convenientes.

2.2.6. REQUISITOS DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

2.2.6.1 Requisitos Según la Doctrina.

En doctrina se mencionan ciertos requisitos para que se pueda configurar el Anticipo de Prueba, estos son los de circunstancias de irrepitibilidad de la prueba y la previsibilidad; además de la inmediación judicial y el derecho de defensa.

a) Irrepitibilidad, este surge ante la probable imposibilidad de reproducir los hechos en la Audiencia Probatoria, es decir, que consiste en actos o circunstancias que por su propia naturaleza, tienden a desaparecer o que perecen y su receptibilidad no es posible, ya que solo una vez concurre. es decir que existe la posibilidad de estar disponible el medio de prueba para ser practicado solamente en una ocasión y en cierto momento.

b) Previsibilidad, este requisito se da ante las circunstancias de temer la pérdida de un medio de prueba, temor que surge a través de un conocimiento anticipado de ciertas señales o indicios que puedan poner de manifiesto un riesgo o imposibilidad futura para la producción del medio de

prueba, es decir, que consiste en una adopción de medidas o procuración de medios para hacer frente a la imposibilidad, o riesgo futuro.

c) La necesaria intermediación judicial, este requisito es un principio que impone al juzgador mantener el mayor contacto con las partes para descubrir mejor su actitud y conocer su proceder personal en el juicio, indicio importante de la mala o buena fe con que actúa, y por ende, del derecho en que confían o del que simulan.

Al referirnos a la intermediación judicial o principio de intermediación en el Anticipo de Prueba, se encuentra un aspecto subjetivo, que es referido a la exigencia de que el juez entre en contacto con los medios más directamente ligados al hecho, objeto de prueba. Es decir, que es necesaria la intervención del juez que haya de conocer del proceso, el cual vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas y; el otro aspecto que es el objetivo que tiende a asegurar que la convicción surja de una relación sin intermediarios situados entre el medio probatorio y el tribunal.

d) El derecho de defensa, consiste en un derecho que se hace por uno mismo o por un letrado, que asume ante una pretensión o acusación ajena, planteada judicialmente, para intentar la absolución de una u otra especie.

En cuanto al principio de defensa con él se garantiza la contradicción, de manera que la práctica de la prueba anticipada ha de producirse en los mismos términos en que se produciría a practicarse en el periodo probatorio ordinario; es decir, con citación de la parte contraria y con la posibilidad de intervenir en su diligenciamiento.

2.2.6.2 Requisitos Según la Ley.

Estos son en relación al Código Procesal Civil y Mercantil, y al hacer estudio de este, se encuentra que hay requisitos generales y los requisitos específicos.

a) Requisitos Generales, son todos aquellos exigidos para la prueba en general, es decir son los mismos requisitos para que la prueba puede ser admitida y practicada en la audiencia probatoria, tales como son:

1. Que la Prueba sea Lícita: que la fuente de prueba no sea obtenida con vulneración de derechos constitución, según el Art. 316 Código Procesal Civil y Mercantil, es decir que la prueba no sea obtenida a través de métodos que puedan resultar vulneradores de los derechos constitucionales de los ciudadanos, como son los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen Art. 2 Cn, el derecho a la privacidad de las comunicaciones personales Art. 24 Cn., y en menor medida pero siempre posible, el derecho a la libertad individual Art. 13 Cn., y el derecho a la integridad física o moral Art. 2 Cn., por lo que la prueba no deben violentar esto derechos, quienes sean partes en el proceso, ni tampoco a tercero ajeno al mismo. Trayendo como resultado si la

obtención de la prueba vulneren estos derechos fundamentales la pérdida de todo valor probatorio.

2. Que la Prueba sea Pertinente: el Art. 318 CPCM, sanciona en negativo, diciendo que no debe admitirse ninguna prueba que no guarde relación con el objeto de la prueba la misma.

La pertinencia en sentido estricto es la relación entre los hechos que contiene el medio de prueba y aquellos otros que aparecen controvertidos en el litigio. Por lo que la prueba tiene que tener relación con los hechos controvertidos

3. Que la Prueba sea Útil: Se define este requisito en el art. 319 CPCM, “aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos”. En relación al artículo ante mencionado lo dan a entender es que la utilidad de la prueba consiste en aquella prueba idónea para acreditar o comprobar la realidad de los hechos controvertido.

b) Requisitos Específicos, estos son propios de la figura del Anticipo de Prueba, se tienen aquellos que son: requisitos específicos de fondo y requisitos de forma.

-Los Requisitos de Fondo son: el temor de de pérdida de un medio de prueba, y la imposibilidad de reproducción de los hechos en audiencia probatoria.

- Los Requisitos de Forma son: que aun no haya iniciado el proceso o que aun no haya llegado la audiencia probatoria, en el caso que el proceso no se haya iniciado

De la mención de esta serie de requisitos para que la práctica del Anticipo de Prueba sea válida se puede decir que es requisito común e ineludible que el demandante o el demandado tenga riesgo de pérdida de la fuente de prueba. Hay que interpretar la mención legal a la pérdida del derecho correctamente. El riesgo que hay que valorar no es la pérdida del derecho sino la legítima perdida de la expectativa de poder acreditar una parte o incluso, todas las afirmaciones de hecho básicas para el reconocimiento del derecho, lo que es bien distinto.

Ha de entenderse que es de carga del solicitante acreditar el riesgo de pérdida de un medio de prueba, lo que ha de conducir a la necesidad de acreditar *prima facie* ante el juez la circunstancia que expresa. Es decir, acreditar el motivo del riesgo de la pérdida del medio de modo incontrovertible, teniendo en cuenta que la práctica de la prueba por regla general se produce dentro del periodo probatorio y que los supuestos de prueba anticipada son reservados a las situaciones en las que razonable y previsiblemente, el medio de prueba pueda desaparecer.

De lo dicho se puede decir entonces que el Anticipo de Prueba se puede solicitar previamente a la iniciación de cualquier proceso o en el curso del mismo. Siendo necesaria para esta la existencia de temor fundado de que,

por causa de las personas que pueda ser por enfermedad o ausencia de las mismas; o por el estado de las cosas como por ejemplo los bienes perecederos, o que se encuentren en construcción, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. La prueba, por otra parte, habrá de ser lícita, útil y pertinente, lo que deberá motivarse ante el Juez.

2.2.7. ANTICIPO DE PRUEBA Y DILIGENCIAS PRELIMINARES.

Las diligencias preliminares son todas aquellas medidas que se pueden pedir y diligenciar antes de la iniciación del proceso. Como lo dice nuestro Código Procesal Civil y Mercantil en el Art. 255. “Con el fin de preparar el proceso, el futuro demandante o quien con fundamento prevea que será demandado podrá pedir la práctica de diligencias necesarias para la presentación de la demanda, para la preparación de la defensa o para el eficaz desarrollo del procedimiento.”

Habitualmente el proceso como regla general comienza con la interposición de la demanda, pero en muchos casos, antes de presentar la demanda, es necesario conocer ciertos datos de la contraparte, por ejemplo si es mayor de edad, si es casada, etc., ó determinadas circunstancias sin las cuales la cuestión no podría ser planteada correctamente, como por ejemplo, examinar un testamento, examinar documentos de una sociedad, etc.

Dentro del concepto genérico de Diligencias Preliminares la doctrina también las denomina como Medidas Preparatorias las cuales son medidas que se

pueden pedir antes de interponer la demanda. Teniendo por objeto preparar el proceso, mediante la obtención de datos e informes que sean necesarios para entablar el juicio de una forma más precisa y eficaz. Ahora bien, usualmente se puede pensar que tanto el Anticipo de Prueba y las diligencia preliminar son posibles de realizar antes de promover el proceso, de allí lo preliminar entendido como previo a la demanda. Pero aquí no se va a analizar si las diligencias preliminares ineludiblemente deben ser propuestas antes de promover el proceso; sin embargo, si así fuera les estaría bien adjudicado el concepto de preliminar. Pero contrariamente a ellas las pruebas anticipadas solo son anticipadas con relación a la oportunidad normal de su producción en la etapa de prueba, pero no en el proceso. Por eso es necesario especificar que las diligencia preliminar son aquellas por las cuales quien pretenda demandar o quien con fundamento prevea que será demandado se procure la información o conocimiento de hechos que le son indispensables para promover el proceso u oponer defensas, y que no podría obtener sin la intervención de la jurisdicción, o haciendo posible la constitución regular del proceso fijando alguno de sus elementos o proporcionando alguno de sus ingredientes, impidiendo de tal forma que el mismo pueda resultar eventualmente inútil.

Para establecer qué relación existen entre el Anticipo Prueba y Diligencia Preliminares, se dice que todo Anticipo de Prueba es una Diligencia pero no toda Diligencia es un Anticipo de Prueba, es una relación de género a especie, el género es la Diligencia y la especie el Anticipo.

Entonces tanto las Diligencias Preliminares como el Anticipo de Prueba se trata en el fondo de Diligencia, es decir que ambas figuras son especie dentro del género de las Diligencias que puede llevarse a cabo antes del proceso como durante del mismo. Pero su diferencia es en cuanto a la función procesal, porque la función de las Diligencias Preliminares están solo facilitar a la persona que tiene interés en presentar una demanda o preparar la defensa, la aclaración de aquellos extremos procesales subjetivos u objetivos, que le son desconocidos o necesita verificarlos previamente con el fin de articular una pretensión procesal lo más ortodoxa y completa posible, capaz de evitar la ulterior paralización o incluso que se archive el proceso por la estimación de excepciones procesales de improponibilidad o inadmisibilidad de la demanda, mientras que la función de la diligencia del Anticipo de Prueba es la práctica anticipada de un medio de prueba que se teme la pérdida y la imposibilidad de reproducir los hechos en la audiencia probatoria.

2.2.8. ANTICIPO DE PRUEBA Y ASEGURAMIENTO DE PRUEBA:

El Aseguramiento de Prueba, como medida cautelar, con el Anticipo de Prueba, como adelantación a la producción de la prueba en su momento procesal, son figuras que es necesario diferenciarlas porque al ocurrir el contexto y considerar la figura del Anticipo de Prueba como medida cautelar, se tendría que aplicar a esta los presupuestos y principio de las medidas cautelares, de manera especial la suposición del derecho y el peligro en la

demora, como también la determinación de la contra cautela propia de estas medidas tanto como sus incidencias posteriores.

Para hablar del Aseguramiento de la Prueba primero es de encontrar un concepto para luego entender las diferencias que hay con la figura del Anticipo de Prueba, por eso dirá que Aseguramiento de Prueba significa salvar, salvaguardar, garantizar o preservar la demostración de la verdad de una afirmación de la existencia de un hecho, es decir, que presupone la proposición anticipada del medio de prueba cuya práctica en el momento de la vista se trata de asegurar. Y como lo dice el Código Procesal Civil y Mercantil en su Art. 323 “adopción de medidas que estime pertinentes y adecuadas para proteger o conservar las fuentes de prueba relevante”, entonces para el legislador el aseguramiento de prueba son de necesaria adopción para proteger o conservar la fuente que se pretende llevar al proceso para comprobar las afirmaciones objeto de la pretensión y éstas solo procederán cuando se estimen pertinentes y adecuadas.

Por los presupuestos antes enunciados queda evidenciado que se hace necesario hacer a continuación un bosquejo sobre las diferencias entre ambas figuras.

En cuanto al objeto se tiene que en el Aseguramiento, lo que se protege directamente es la fuente de prueba que puede destruirse o desaparecer, sin importar tanto el medio de prueba que podría servir para traer esa fuente de información ante el juez, en cambio en el Anticipo lo que se protege

inmediatamente la producción del medio de prueba, que es el que tiene peligro de extinguirse, aunque en muchos casos la pérdida del medio traería consigo también la de la fuente, si es el único que ha captado los hechos.

En cuanto a la finalidad se debe tener presente que el aseguramiento de prueba, tienen como objetivo permitir que la resolución judicial que deba dictarse en este caso un auto simple resulten de cumplimiento posible, es decir que se cumplan con las medidas establecidas para la protección de la fuente de prueba, mientras que las pruebas anticipadas permiten que se pueda dictar esa sentencia con el mayor acopio de pruebas, pero no tienen ninguna relación con su cumplimiento.

En cuanto a las circunstancias que llevan a utilizarlas se tiene que en el Aseguramiento los factores de riesgo son exógenos como por ejemplo un posible acto humano o un hecho de la naturaleza de efecto destructivo. Mientras que en el Anticipo los factores de riesgo son más bien endógenos como por ejemplo al decir la ley que dependerá de la situación de las personas o el estado de las cosas, es decir, que esos factores endógenos ocurren por sí mismos y no por influjo ajeno, a esto es de agregar como excepción que sí se contempla el riesgo por acto humano en el supuesto de los documentos que no se pudieron aportar en su momento y se tema por la destrucción u ocultación de los mismos. Ahora bien, al margen de esta previsión para los documentos, lógicamente no puede descartarse la alternativa de un riesgo de peligro impulsado por el actuar de un tercero, o de

un factor medio ambiental, en este sentido la expresión legal debe tomarse con cierto significado amplio, siempre que objetivamente aflore tal situación de temor a la desaparición del medio, inclusive también por un factor externo.

En cuanto a su temporalidad las medidas del Aseguramiento de Prueba, tiene carácter provisional, por lo que por un lado subsisten mientras duren las circunstancias que la determinaron y en cualquier momento puede pedirse su levantamiento, por otro pueden ser ampliadas, mejoradas o sustituidas. Por el contrario, las pruebas anticipadas son actos procesales que una vez cumplidos no pueden ser dejados sin efecto, lo más que puede ocurrir es que el juez no las considere en la sentencia, pero en sí mismas resultan actos procesales cumplidos y no pueden ser dejados sin efecto.

En cuanto a su producción en el Aseguramiento de Prueba la actividad del Juez no consiste en celebrar un acto público o una audiencia donde concurren las partes sino mediante un auto simple establecerá las medidas pertinentes y adecuada para proteger la fuente, en algunos casos será necesario el auxilio de la fuerza pública o la colaboración de particulares, para lograr poner a salvo y conservar el objeto o el lugar que contiene la fuente de prueba; mientras tanto que en el Anticipo de Prueba, el juez deberán celebrar una audiencia con citación de las partes contraria para que pueda intervenir en la práctica de la prueba anticipada, aunque existe un caso en que bajo las reglas del anticipo de prueba podría buscarse la protección de la fuente antes que la del propio medio de convicción y es que aquel en que se pide la

práctica de un reconocimiento judicial por el riesgo de que el bien mueble o inmueble, o el lugar objeto de reconocimiento pudiera destruirse o cambiar su aspecto por hechos humanos (edificaciones, actos vandálicos o de la naturaleza).

Y por último dentro de su forma, en el aseguramiento de la prueba se requiere, cuando así lo decidiera el Juez la prestación de una caución la que para Cabanellas consiste en “*la seguridad dada por una persona a otra de que cumplirá lo convenido o pactado*”⁶. Básicamente con la caución se dice una expresión equivalente a fianza ya que garantiza, con relación a uno mismo o a otra persona, el cumplimiento de una obligación. Entonces en el Aseguramiento de Prueba, si el Juez lo decidiera oportuno puede pedirle al solicitante que preste una caución, para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran causar las medidas y también la persona que debe soportar la medida del Aseguramiento de prueba, puede oponerse a que no se aplique dichas medidas, mediante el ofrecimiento de una caución que será la garantía para responder que la fuente de prueba se protege y puede estar disponible para la audiencia probatoria. Cosa que el Anticipo de Prueba no exige para que proceda. Es decir que no necesita que ninguna de las partes preste un tipo de caución, para que se proceda a la práctica de la prueba anticipada.

⁶ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edición 2006.

2.2.9. VALOR PROBATORIO DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

El Anticipo de Prueba es un acto de investigación, y al completar sus características o requisitos, pasa a constituir prueba o mejor dicho adquiere valor probatorio. Y para que esto sea válido es menester que el Anticipo de Prueba se haya practicado bajo los presupuestos que le autoriza el legislador en el proceso civil cuando dice en el Art. 329 “la proposición y la práctica de pruebas anticipada se realizará conforme a lo dispuesto en este código para cada una de ellas”. Es decir, que al practicar esta figura es necesario que se haya llevado a cabo con las formalidades que para cada medio de prueba corresponde con el respeto debido a las garantías sancionadas, para lograr así adquirir un valor probatorio similar al de las pruebas practicadas en la audiencia probatoria, una vez simplemente leídas en el acto de la audiencia, y sin necesidad de ratificación posterior o sometimiento a contradicción.

Entonces la prueba practicada de manera anticipada por haberse realizado con idénticas garantías de aquella que se realiza de manera ordinaria, tiene el mismo valor de credibilidad que esta sin ninguna clase de discriminación. Sin embargo, puede suceder que la prueba practicada anticipadamente se encuentre en la situación de que se repita la producción de esta, dentro de la audiencia probatoria, esto sea porque el medio de convicción de que se trate siga estando disponible, y si lo pidiera al menos una de las partes personadas, entonces el juez no podrá negarse a practicarla.

Se tienen algunas objeciones a la anterior circunstancia de que se pueda producir el medio de prueba por una segunda vez, ya en la audiencia probatoria porque se pone el ejemplo de la prueba testifical repetida tendrá la ventaja de que la contraparte pueda formular nuevas y adicionales preguntas al testigo, lo que puede redundar en aclarar mejor la verdad de los hechos. También puede suceder, que ya en la segunda ocasión para responder puede llevar en algún caso a que el testigo vaya ya preparado, es decir, se pierde la espontaneidad que acompañó al primer interrogatorio. La ley en este caso no invalida el resultado anticipado, el Juez aplicado la sana valorará en la sentencia definitiva ambos materiales recolectados sobre el mismo medio de prueba. Es decir el juez en su sentencia debe ponderar todo lo anterior y ver cuando las dos pruebas del mismo medio se complementarán, se enriquecen o contradicen, y en tal situación, cual resultará más decisiva; y por tanto no necesariamente la segunda prueba valdrá más que la primera.

2.2.10. MODO DE PROCEDER EN EL ANTICIPO DE PRUEBA.

2.2.10.1. Juez Competente para Practicar el Anticipo de Prueba.

Para determinar qué juez será competente, para practicar el Anticipo de Prueba, el futuro demandante, o demandado, al momento de presentar la solicitud de Anticipo de Prueba, deberá acudir al juez competente para conocer de proceso o que esté conociendo del mismo, conforme a la regla de la competencia prevista en el capítulo segundo del código procesal civil y mercantil. Es decir lo que se busca no solo es cumplir las reglas de

competencia, sino además preferir en la manera de lo posible, que quien conoció *prima facie* de la prueba sea quien revea el caso en su momento, en aras de un mejor juicio respetando las garantías procesales, de audiencia y defensa.

Entonces se establece por regla general, que la práctica de anticipo de prueba deberá realizarse por el juez, que será competente de conocer el futuro proceso, esto cuando aun no se hubiere iniciado el proceso y se practica la prueba por circunstancia del temor de pérdida de un medio de prueba, por la imposibilidad de la reproducción de los hechos en la audiencia probatoria, el fundamento de esta regla se debe al principio de inmediación, en relación al art. 10 del Código Procesal Civil y Mercantil, que establece que el juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de la audiencia como la práctica de los medios de prueba.

Entonces para la práctica del Anticipo de Prueba el juez debe ser competente para conocer el futuro proceso, es decir, si no es competente para conocer el proceso principal tampoco es competente para la práctica del Anticipo de Prueba, pero se puede dar el caso que el juez que lleva la práctica del Anticipo de Prueba, creyendo que es competente pero no lo es, surge la discusión si la práctica del Anticipo de Prueba es válida o no, la doctrina al respecto manifiesta que esa práctica de Anticipo de Prueba por un juzgado creyendo que es competente y posteriormente resulten que no lo es, si es válida, y la práctica de esa diligencia no tiene ningún defecto, y para que no

pierda su eficacia, es necesario que el juez competente mande a remitir las diligencias que llevó a cabo el juzgado incompetente.

En la circunstancia que se solicita el Anticipo de Prueba, durante el proceso, y antes de llegada la audiencia probatoria, el juez que está conociendo del proceso será el mismo que practicara el Anticipo de Prueba, es decir, dicha solicitud de Anticipo de Prueba será presentada ante el juez que está conociendo de la causa. Pero esta regla tiene su excepción en el caso que se solicita la práctica del Anticipo de Prueba y dicha Diligencia tiene que realizarse fuera de la circunscripción del juez competente podrá encomendarse mediante comisión judicial a efecto que practique el anticipo de prueba pero con la presencia de las partes y el juez delegado según el Art.10 y 141 CPCM. Como por ejemplo se solicita el reconocimiento judicial pero el objeto del reconocimiento se encuentra fuera del territorio del juez competente, entonces se delegará la práctica de la diligencia por comisión procesal en este caso al juzgado de la circunscripción donde se encuentra el objeto como lo dice el Art. 393 Inc.2 CPCM. Pero la doctrina establece que la facultan de ordenar comisiones no es ilimitado y siempre con la condicionante que debe realizarse fuera del territorio del juez competente.

2.2.10.2. Prueba que puede Anticiparse.

La prueba que se puede anticipar antes de iniciar el procedimiento o antes de la Audiencia Probatoria, por medio del Anticipo de Prueba, es toda aquella que se encuentra regulada dentro del Código Procesal civil y Mercantil; es

decir, que será admisible el Anticipo de Prueba, respecto de cualquier medio de prueba que el código Procesal Civil y Mercantil prevé. Aquella prueba documental, testimonial, pericial ó medios de reproducción de sonido, imagen, etc., se pueden practicar anticipadamente por la habilitación legal que el legislador dejó en el Art. 327 Inc. 1º CPCM., habilitación que es necesario hacer análisis hasta qué punto es extensiva; porque, es de recordar que el Derecho no es absoluto, que el legislador no puede ser un sabio y prever todas aquellas circunstancias propias de cada caso, y que las realidades son cambiantes, que el derecho es cambiante; por eso, es de tener claro que habrán casos, en que surjan medios de prueba no regulados y que haya de practicarlos anticipadamente; para esto el legislador previó dicha circunstancia y manifestó en el Art. 330 Inc. 2º CPCM, que todos aquellos medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal; por lo cual, al reunir estos requisitos se puede convertir en un medio más para la práctica de prueba, entonces, se considera que el Anticipo de Prueba también se puede realizar en relación a cualquier medio de prueba que no se encuentre previsto en el Código; es decir, que existen medios de prueba no previstos en este código, que se hacen necesarios, a efecto de producir ante el juez la convicción sobre la existencia de los hechos afirmados por las partes, y al existir riesgo que este medio de prueba se pueda perder o no pueda producirse en la Audiencia Probatoria, podrá solicitarse el Anticipo de Prueba, respecto de este medio que no se encuentra previsto en el código, y deberá ser diligenciado

conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados. De todo lo anterior se puede decir, que el Anticipo de Prueba se puede practicar en relación a cualquier medio de prueba y aún los no previstos en el código, siempre y cuando no atenten contra la moral y la libertad personal; es decir, que antes de iniciar el proceso o durante el mismo antes de la Audiencia Probatoria, se puede practicar anticipadamente cualquier medio de prueba; pero esta afirmación no es por completo cierta, ya que en relación al medio de prueba documental o la prueba instrumental existe una salvedad, es decir, la excepción a la regla general, que consiste en que el Anticipo de Prueba en relación a la prueba instrumental sólo puede practicarse una vez iniciado el proceso, esto es enunciado en el Art. 327 inc. 2º. Del CPCM, donde expresamente limita ese Anticipo de Prueba a sólo que se pueda practicar durante el proceso. Respecto, a este punto, la prueba instrumental es un medio de prueba muy especial, es una prueba que no tiene un momento visible de proposición, admisión, y su práctica o producción, ya que desde que se incorpora se tiene que pasar a dictar sentencia, cuando fuese solo la documental, según Art. 310 Inc. 3º CPCM, entonces surge el caso de que como puede una persona expresar que tiene el temor de que la práctica de esta prueba instrumental se le perderá, y que no tendrá el documento, documento que es de aclarar que se encuentra en su posesión, será que lo va perder, será que lo ira a perder, esto no tiene sentido, y que venga a expresar como fundamento a la solicitud que él cree que no lo podrá presentar; diferente es un testigo, una casa, un objeto, por ejemplo, el

solicitante venga a decir que tiene el temor que por la tormenta esa casa se caerá, y quiere que acudan a verla, a realizar el reconocimiento judicial inmediatamente, ahí si existe un verdadero riesgo, pero la documental como la podrá perder, un testigo si es razonable, pero el documento no se va de viaje, no se enferma, que son algunos de los supuestos más probables de porque es que habría la imposibilidad de practicar el medio en su momento oportuno, en un instrumento no hay imposibilidad de su práctica, en cuanto a su naturaleza misma, porque cuando se demanda es obligación incorporarlos junto con la demanda, según se ha dispuesto en el Art. 276 Ord. 7º, Art 335 CPCM, y se omite la Audiencia Probatoria, y se pasa a dictar sentencia, Art. 310 Inc. 3º CPCM, por eso mismo no tiene sentido hacerla de manera anticipada, porque se debe presentar con la demanda y los riesgos por los cuales se puede justificar su solicitud antes de presentarse la demanda son ilógicos, ya que esa imposibilidad de reproducir los hechos en Audiencia Probatoria, se contrapone a la situación que para este tipo de prueba no hay audiencia probatoria para la producción de la misma, cosa contraria es un testigo, un reconocimiento judicial, un peritaje; es como que el solicitante venga a depositarlo en sede judicial, antes de iniciar el proceso; es decir, que la parte que lo solicita, se apersona al Juzgado y presente el documento del que se pretenda hacer valer y que lo ocupará cuando demande a la otra parte, por ejemplo, que se apersona el señor "X", manifestando que demandará en un proceso declarativo común reivindicatorio de dominio al señor "Y", entonces antes de demandar solicita que se reciba

anticipadamente la prueba consistente en la Escritura de su propiedad, queda evidenciado que se convierte prácticamente en un depósito de esa prueba, porque cuál es ese temor, que no lo podrá presentar cuando presente la demanda, y justifica su solicitud expresando que tiene el temor que se lo puedan robar, que lo puede perder, o que de una tormenta se le mojara, esto no es una justificación y por eso el legislador desestimó la práctica del Anticipo de Prueba en relación a la prueba documental antes de iniciar el proceso. El otro punto es con respecto, a la posibilidad de que sólo dentro del proceso se puede practicar, tampoco tiene sentido porque es obligación presentarlo junto con la demanda, cómo puede haber Anticipo de Prueba, si al presentar la demanda, hay que presentar la prueba documental, distinto en aquellos códigos donde permiten que se pueda presentar en una etapa distinta, no hay caso, aunque si se diera el caso de que se le pida al juez que mande a pedir o requerir un documento según Art. 337 CPCM, o que la parte tenga que exhibir el documento debido a que se encuentra en su poder, solicitando al juez que le ordene la exhibición según Art. 336 Inc. 1º CPCM, o el hecho de que sean posteriores o desconocidos después de interponer la demanda o por hechos que hayan surgido por manifestaciones del demandado en la contestación de la demanda según Art.289 del CPCM, no son ninguno de estos casos Anticipo de Prueba, solo son trámites de cómo hacer llegar al proceso dicha prueba. Es de mencionar más aun, que con la presentación de la demanda es obligación del demandante aportar toda aquella prueba de que estime hacerse valer según el Art. 276 Ord.

7ºCPCM, porque si no le precluye el derecho y ya no podrá valerse de dicha prueba para verificar su pretensión según el Art. 289 Inc. 1º del CPCM.

2.2.10.3.Solicitud del Anticipo de Prueba.

Quien pretenda solicitar la práctica del Anticipo de Prueba, deberá alegar y justificarla necesidad de su realización; haciendo una detallada enumeración de las circunstancias de riesgo, temor ó pérdida del medio de prueba, ya que los Art. 328 Inc. 1º del CPCM, exige que se alegue y justifique la necesidad de práctica de esta figura, y que dicho medio sea practicado conforme a lo dispuesto en este código para cada uno de ellos Art. 329 Inc. 1º CPCM; y si la práctica de dicha figura debe realizarse antes de iniciar el proceso el Art. 329 Inc. 2º CPCM exige que además de precisarse los hechos que justifican la petición, se designe la persona y generales a quien se pretenda demandar. Dicha solicitud deberá presentarse ante un juez que sea competente para conocer del proceso futuro ó que esté conociendo del mismo; y deberá contener,por la apreciación de cómo fue regulada dicha figura, los requisitos generales que componen una demanda, como lo son el nombre del solicitante, del futuro demandado,los motivos por los cuales solicita la realización de dicha figura, etc.

En cuanto a quién podrá solicitar el Anticipo de Prueba, es una situación que es necesario hacer énfasis para analizar, porque la solicitud de la práctica de esta figura según el Art. 328 Inc. 1º CPCM, es apta tanto para el demandante como para el demandado, por lo cual es necesario apuntar hasta qué punto es efectiva tal circunstancia. Se tiene la premisa de que la solicitud del

Anticipo de Prueba la puede pedir el futuro demandante o el futuro demandado, según sea el caso; sin embargo, en cuanto a que el futuro demandado solicite el Anticipo de Prueba, se puede decir, que es hasta cierto grado infructuoso, dadas las circunstancias estipuladas en cuanto a la regulación de esta figura. Primeramente sólo es de imaginar que el futuro demandado tiene que justificar el temor de que se pierda su medio de prueba; caso contrario es en cuanto al demandante, quien dice que tomará la decisión de demandar a "X" persona, y para tal efecto presentará la demanda con una relación detallada de los hechos, a través de lo cual el juez podrá evaluar, si es competente, si esa prueba es pertinente, si esa prueba es útil, todo en relación para que se pueda practicar la solicitud del Anticipo de Prueba; caso contrario, es en cuanto al futuro demandado, éste cómo justificará la solicitud del Anticipo de Prueba, primeramente el juez le pedirá que justifique que será demandado, ya que aún no lo han demandado cuando solicita el Anticipo de Prueba, y manifiesta que cree que lo van a demandar sobre determinados hechos, y que para esos hechos necesitará un determinado testigo que se irá del país, por lo que tiene el temor que no podrá contar con su declaración en Audiencia Probatoria, pero todo eso es una especulación por parte del que cree que será demandado; desde ahí, no se puede tener por justificada dicha solicitud; rebatiendo aún más esta posibilidad, piénsese que el juez acepta dicha solicitud, por lo cual habrá que citar a la parte contraria, para que se realice la práctica de esta figura; ya presente el supuesto demandante se realiza la práctica del Anticipo de

Prueba, entonces se presenta la dificultad derivada de la propia regulación de esta figura, consistente en que para tener efectividad esa prueba dentro del proceso, se tiene que presentar la demanda dentro de los treinta días subsiguientes a la práctica de esta figura; sin embargo, piénsese que el futuro demandante decide demandar, pero no lo hace dentro de los treinta días subsiguientes, sino hasta los cuarenta días, entonces aquella prueba practicada anticipadamente perdió su efectividad; entonces, de nada le ha servido al futuro demandado que se haya practicado esa figura jurídica; porque no depende de él el proceso ni el momento en que se demandará, y además que la justificación no deja de ser una mera y simple especulación. Entonces se tiene que el Anticipo de Prueba, dado como ha sido regulada, su solicitud por parte del futuro demandado y la práctica de esta, se puede volver infructuosa, dado que no depende de él la iniciación del futuro proceso o el momento de presentar la demanda. Sin embargo, todos estos argumentos pueden dejar de ser válidos con respecto de la figura de la Jactancia, donde sí puede presentarse la real y efectiva posibilidad de que no se realice en vano la práctica del Anticipo de Prueba, en razón a esto es necesario analizar a continuación dicha figura para comprender esa posibilidad.

La figura de la Jactancia es una acción de atribuirse, fuera de juicio, por una persona capaz de ser demandada, derechos propios sobre bienes de otra persona o afirmar la tenencia de créditos contra ella. Tal acción, no siendo cierta, da derecho al perjudicado a conminar al jactancioso para que,

en plazo determinado, le promueva juicio y demuestre el derecho que alega, bajo pena de su caducidad. La regla general, es que nadie puede ser obligado a mostrarse actor, pero en cuanto a la Jactancia existe una excepción a dicha regla, ya que esta impone al acreedor un plazo perentorio para que plantee su pretensión. Es decir, si alguien se anda jactando de un derecho sobre otra persona, esta persona tiene la posibilidad de solicitar que el que se jacta presente la demanda en un plazo determinado, razón por la cual si el futuro demandado se encontrare en la necesidad de que una prueba de la que se podrá hacer valer dentro del proceso, pero por el temor de pérdida o de imposibilidad de reproducción en la audiencia probatoria de ese medio de prueba, puede solicitar que se realice el Anticipo de Prueba, y como habrá realizado las diligencias de jactancia, y al resultar estas efectivas, surge la circunstancia que el futuro demandante queda obligado a presentar su demanda en un término perentorio; por lo cual el Anticipo de Prueba que se haya sido realizado ya no quedará a completa suerte de si el futuro demandado quiera interponer la demanda, ya que queda obligado a presentarla dentro del plazo establecido por la ley al haberse llevado las diligencias de jactancia, y si no lo hace dentro de ese término, el futuro demandante no podrá interponer su demanda posteriormente debido a que se le declara improponible.

2.2.10.4. Admisión de la solicitud del Anticipo de Prueba.

Una vez presentada la solicitud del Anticipo de Prueba antes de haberse iniciado el proceso el juez deberá analizarla y estimarse cumple con los formalismos esenciales exigidos en el Art. 329 Inc. 2º, donde se deberá haber precisado de manera suficiente los hechos que justifiquen su petición y haber designado a la persona a quien pretenda demandar, para entrar al conocimiento de la pretensión en ella contenida, razón a la cual procederá a admitirla, según le ordenan los Art. 317 Inc. 3º del CPCM, caso igual se deberá de proceder cuando sea presentada la solicitud una vez iniciado el proceso. En un dado caso que la solicitud no reúna alguno de los requisitos el juez puede mandar a subsanar dicha salvedad. Sin embargo, si el juez considera que la solicitud del Anticipo de Prueba es impertinente o inútil, la rechazará, y dicha decisión no será recurrible; sin embargo, el solicitante, podrá pedir que se haga constar en acta su disconformidad, a efecto de interponer recurso contra la sentencia definitiva, esta posibilidad la ha dejado el Art. 317 Inc. Final del CPCM.

2.2.10.5. Citación y Señalamiento de la Audiencia para la Realización del Anticipo de Prueba.

Una vez admitida la solicitud del Anticipo de Prueba se deberá de citar a la parte contraria a efecto de que intervenga en dicha actuación judicial, lo cual se hará con suficiente antelación para que pueda intervenir en la audiencia de carácter extraordinaria que se haya señalado. La citación de la parte

contraria para comparecer en la realización del Anticipo de Prueba es para efectos de que su práctica sea válida y no se vulnere el derecho de defensa de la contraparte. El señalamiento para la Audiencia de la práctica del Anticipo de Prueba se señalará de oficio, por el juez del juzgado donde se deberá realizar el Anticipo de Prueba, fijando día y hora, según el calendario de audiencias que se lleva dentro del juzgado por el secretario judicial, el señalamiento de la Audiencia de Anticipo de Prueba deberá establecerse en un mínimo de quince días y un máximo de veinte días.

2.2.10.6. Resultado y Acta de la Realización del Anticipo de Prueba.

El resultado del Anticipo de Prueba y el Acta de la Audiencia extraordinaria quedarán en el tribunal donde se hubieran practicado, y si aun no se hubiese iniciado se incorporará al proceso futuro, si se iniciara en el plazo establecido, todo esto como lo ordena el Art. 329 Inc. 3º CPCM. Y así es como dentro del código procesal civil y mercantil que todas aquellas actuaciones judiciales que se lleven en Audiencia serán documentadas en su integridad mediante acta levantada por el secretario del juzgado, donde se dejará constancia de todo lo sucedido en ella; se deberán de incluir las alegaciones y declaraciones de las partes, así como lo que hubieran aportado los testigos, los peritos o el resultado del reconocimiento judicial según sea el caso. Dicha acta deberá de constar de día, lugar y hora de la audiencia celebrada, la autoridad ante quien se celebra, el proceso al que correspondiere y en este caso al diligenciamiento que es el Anticipo de Prueba, los nombres de las partes, testigos, peritos, y las decisiones. Las

partes podrán solicitar que se incorpore en el acta una indicación, expresión o evento específico, así como aquello que entiendan pertinente para asegurar la fidelidad del acta, siempre que haya sido debatido en la audiencia. En todo caso si se pudiere, de todo lo actuado se dejará registro en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o solo del sonido.

En cuanto al resultado de dicha diligencia, si ha sido realizada antes de iniciar el proceso, queda a obligación del demandante, presentar la demanda a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la práctica de esta, según lo dispuesto en el Art. 328 Inc. 2º CPCM, ya que este es un plazo de caducidad de la efectividad del Anticipo de Prueba; claro, la prueba es válida y todo, lo único que cuando la parte solicite que se incorpore esa prueba al verificarla el juez, verá que como fue presentada después de los treinta días estipulados, solo la tendrá simplemente por incorporada y no le dará ningún valor, ahí no dirá nada, en la sentencia cuando tenga que hacer el valoramiento de todos los medios probatorios, tendrá que decir con respecto a aquel medio de prueba que fue practicado anticipadamente y que no fue presentada la demanda dentro de los treinta días, que no tiene valor probatorio. La prueba fue válida, no es nula, el juez la incorpora, la valora pero ese valor será en no tenerla como efectiva, es decir, sin efectividad. Y allá será cosa de la parte interesada que cree que porque se incorporó ya surte efectos, pero la solución a esta circunstancia es por ejemplo si se realizó la práctica del Anticipo de Prueba con un testigo, y se deja transcurrir

el plazo de caducidad para presentar la demanda, tiene que volverlo a proponer, ya que el Art. 329 Inc. 2º parte final CPCM, expresa que la prueba anticipada puede practicarse de nuevo si en el momento de la audiencia probatoria pudiera realizarse y alguna de las partes la solicitara. Una especial connotación tiene el aspecto de la prueba testimonial que si estuviere disponible el testigo para la audiencia probatoria y que las circunstancias de temor o riesgos hubiesen desaparecido, deberá comparecer, según se puede entender del Art. 329 Inc. Final CPCM, aunque la prueba practicada anticipadamente sea efectiva, ante esta probable eventualidad, es menester, analizar cual prueba tiene más valor, a esto, cualquiera pensaría que por lo fresco de lo más inmediato tendría que ser mas válida la primera declaración, pero en la manera en que lo regula dicho artículo, en el sentido que la última declaración que él dé, se podría pensar que deberá ser mas valedera, la doctrina sostiene en estos casos que la última declaración es la que vale, y la anterior declaración rendida anticipadamente, puede servir para efectos de confrontación; es decir, allá cuando en el Anticipo de Prueba dijo una cosa y aquí viene a decir otra, es ahí donde puede surgir la posibilidad de restar credibilidad al testigo cosa que se encuentra regulada en el Art. 356 CPCM. Sin embargo, a esto se debe tener en cuenta la valoración de la prueba que el juez debe hacer a cada una de las que ha sido practicada, y valorarlas en su conjunto según lo dispone el Art. 416 CPCM, cosa de lo cual se puede decir entonces, que cuando se produjo la prueba anticipadamente, pero surge la posibilidad que el testigo se encuentre disponible a la fecha de

realización de audiencia probatoria, y este realice su declaración por una segunda vez, allá en la audiencia probatoria, pues el juez deberá valorarla en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica.

2.3 BASE CONCEPTUAL.

Acción: es el derecho de exigir alguna cosa; y el modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro o se nos debe por otro.

Acta: Documento emanado de una autoridad pública (juez, notario, oficial de justicia, agente de policía), a efectos de consignar un hecho material, o un hecho jurídico con fines civiles, penales o administrativos. Por extensión, también se llama así el documento privado en que se deja constancia de un hecho o de lo tratado y resuelto en las reuniones de sociedades y asociaciones, que tienen que llevar, a veces de modo obligatorio, el llamado libro de actas.

Acta Notarial: Documento otorgado con las formalidades establecidas para los instrumentos públicos, en lo que fueren aplicables, se refieren exclusivamente a hechos que por su índole no pueden calificarse como contratos, no se asientan en el libro de protocolo.

Actividad Probatoria: Es la actuación que realizan los sujetos procesales a fin de establecer la exactitud o inexactitud de los hechos.

Admisión: Acción y efecto de admitir. | En Derecho Civil se dice admisión de pago; en el Comercial, admisión de socio; en el Procesal, admisión de las pruebas presentadas y de los recursos interpuestos por las partes.

Anticipo de Prueba: consiste en la práctica de cualquier medio de prueba en momento anterior al del juicio (ordinario) o de vista (verbal), ante el temor de la fuente propia del mismo se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso. Se trata, no de asegurar la fuente, sino de practicar el medio.

Aseguramiento de Prueba: Trata de asegurar la fuente de prueba ante el peligro de la pérdida de esta la cual haga imposible su aportación al proceso.

Declaración: Manifestación que en un procedimiento judicial, cualquiera que sea su índole, hacen las partes o terceros (testigos o peritos) para aclarar hechos que conoce, acerca de los cuales son interrogados, a fin de conocer la verdad sobre los hechos debatidos en juicio.

Diligencias Preliminares: son todas aquellas medidas que se pueden pedir y diligenciar antes de la iniciación del proceso; Con el fin de preparar el proceso, el futuro demandante o quien con fundamento prevea que será demandado podrá pedir la práctica de diligencias necesarias para la

presentación de la demanda, para la preparación de la defensa o para el eficaz desarrollo del procedimiento.

Elemento de Prueba: Dato o circunstancia que se incorpora al Proceso, capaz de producir conocimiento cierto o probable (relevancia) respecto de las pretensiones de las partes. Dato objetivo (directo o indirecto), proveniente del mundo exterior (objetividad), incorporado sin violentar la normativa constitucional o secundaria (legalidad).

Fuente de Prueba: Es un concepto extrajurídico, que corresponde con una realidad anterior al proceso, existe independientemente de que pueda existir o no un litigio, de tal manera que si éste no nace, la fuente no tendrá repercusiones procesales aunque pueda tenerlas materiales

Instrumentos Públicos: Es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario, son los expedidos por notario, que da fe, y por autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función. Para determinar que un documento tiene éste carácter, se considera la forma del documento, la persona que lo autorizó, y, el cumplimiento de requisitos legales en su elaboración.

Irrepetibilidad de Prueba: consiste en actos o circunstancias que por su propia naturaleza, tienden a desaparecer o que perecen; y su repetibilidad no es posible, ya que solo una vez concurre.

Juez: En sentido amplio, se denomina a todo miembro integrante del Órgano Judicial, encargado de juzgar los asuntos sometidos a su jurisdicción; en virtud del cargo están sometidos a su jurisdicción y obligados al cumplimiento de su función de acuerdo a la Constitución de la República y las leyes, con las responsabilidades que las mismas determinan.

Juicio Oral: Es aquel cuyas etapas principales se ventilan de viva voz y ante el Juez o Tribunal que conoce la causa. En él, las pruebas y los alegatos de las partes se efectúan ante el juzgador. La oralidad es esencial para la inmediación; y, según muchos autores, representa una forma especial para la recta administración de justicia.

Ley: es una declaración de la voluntad soberana que es manifestada en la forma prescrita por la Constitución que manda, prohíbe o permite.

Medio de Prueba: Es el procedimiento, canal o vehículo que la ley ha diseñado para la producción de los distintos elementos de prueba al proceso; así se habla de prueba testimonial, prueba documental, prueba pericial; que son los términos con los que la ley indica la forma o el procedimiento en que deben ingresar al proceso los elementos de prueba pertinentes al caso.

Órgano de Prueba: Es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al Proceso, sirve de intermediario entre la prueba y el Juez. El dato lo puede haber conocido en forma accidental, casuística o comisionado para ello (testigo, perito, etc.).

Plazo. Espacio de tiempo concedido para realizar un determinado acto. Es legal si lo concede la ley, judicial, el señalado por el tribunal, y convencional el establecido libremente por las partes.

Previsibilidad de Prueba: consiste en un conocimiento anticipado por ciertas señales o indicios, es decir una adopción de medidas o procuración de medios para hacer frente a la imposibilidad, o riesgo futuro.

Principio de Contradicción: consiste en la iniciativa de acción y reacción dentro del proceso, conforme se ocupe la posición respectiva de demandante o demandado, sin perjuicio de reconocer que también este último, el sujeto pasivo, no sólo tiene derecho a oponerse a la pretensión deducida en su contra sino también y dentro de ciertos límites, a introducir asimismo sus propias pretensiones; y que también el actor puede necesitar contradecir frente a lo alegado por el demandado, en incidentes y recursos montados por este último.

Principio de Defensa: entendido como derecho a alegar y probar lo que interese a la pretensión de cada parte en cada estado del procedimiento, lo que implica que no puede negarse injustificadamente el empleo de un trámite u oportunidad procesal previsto en la ley para poder verter alegaciones, solicitar pruebas, intervenir en su práctica cuando la ley lo disponga, formalizar recursos, pedir la ejecución de lo acordado, y adoptar aquellas medidas cautelares que aparezcan legalmente posibles.

Principio de Igualdad de Prueba: Consiste en que ambas partes deben tener iguales oportunidades para presentar pruebas o pedir que se practiquen. No se trata de una igualdad matemática, sino una igualdad de oportunidades para aportar las pruebas que lleguen a comprobar la pretensión objeto del litigio.

Principio de Inmediación: En sentido estricto, es la garantía que pretende asegurar la percepción sensorial que pueda tener el Juez sobre los elementos probatorios incorporados en un proceso, resultado de la actividad probatoria realizada por las partes intervinientes, es una obligación del Juez, presidir las audiencias y la recepción de prueba vertida en Juicio, excepto cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción territorial.

Principio de Legalidad: este principio persigue asegurar que todos los actos del proceso se rijan por lo establecido de manera previa por el Código, sin que puedan inaplicarse sus reglas, ni excepcionarse ni modularse el contenido de las mismas a voluntad del juez y de las partes.

Proceso: En sentido amplio equivale a juicio, causa o pleito. Puede considerarse como la secuencia, desenvolvimiento, o, sucesión de momentos en que se realiza el acto jurídico. En sentido restringido, es el expediente o documentos en que se registran los actos de un juicio, cualquiera que sea su naturaleza.

Proceso Común: Es el proceso declarativo, cuyo ámbito es competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad de dinero, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame. Se decidirán también en el proceso común las demandas cuya cuantía supere los veinticinco mil colones, y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo.

Prueba: es la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijan los hechos.

Prueba Anticipada: Es una prueba que se produce antes de iniciar el proceso; por regla general, éste tipo de prueba pre constituida es la prueba instrumental, la prueba anticipada podría ser la prueba testimonial, la confesión siempre que se ajuste a lo dispuesto en el Artículo 292 CPCM.

Reconocimiento Judicial: Medio probatorio practicado de oficio o a petición de parte, diligenciado por el Juez con la pretensión de reconocer un lugar, objeto o persona, es permitida la práctica de éste medio de prueba simultáneamente con la prueba pericial o testimonial, según sea el caso.

Solicitud del Anticipo de Prueba: es aquella por la cual una de las partes alega la necesidad de realizar el anticipo de la prueba, justificando las circunstancias de riesgo, temor o pérdida del medio.

Tribunal: Magistrado o conjunto de magistrados que ejercen la función jurisdiccional; puede ser unipersonal (cuando está constituido por un solo Juez) y colegiado (cuando lo integran tres o más jueces). También se denomina Tribunal a la estructura organizada del Órgano Judicial, constituida por Juez, secretario y un equipo de colaboradores, para resolver los procesos sometidos a su conocimiento.

CAPITULO III

METODOLOGIA

3.1 Hipótesis de la Investigación.

3.1.1 Hipótesis Generales.

Objetivo General 1.	
Estudiar cuales son los criterios que se deben valorar para la procedencia del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil.	
Hipótesis General (1).	
Existen criterios que deben ser valorados para que el Anticipo de Prueba proceda en el Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño.	
Variable Independiente.	Variable Dependiente.
La existencia de Criterios para que el Anticipo de Prueba proceda.	La valoración de los criterios para que el Anticipo de Prueba proceda.
Indicadores	Indicadores
<ul style="list-style-type: none"> • Irrepetibilidad 	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso Civil Salvadoreño
<ul style="list-style-type: none"> • Previsibilidad 	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso Mercantil Salvadoreño
<ul style="list-style-type: none"> • Inmediación Judicial 	<ul style="list-style-type: none"> • Validez
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho de Defensa 	<ul style="list-style-type: none"> • Eficacia

Objetivo General 2.
Analizar el modo de proceder en el Anticipo de Prueba regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil y que garantías conlleva el uso de esta figura para el titular del derecho en el Proceso Civil y Mercantil.

Hipótesis General (2).	
El uso del Anticipo de Prueba produce garantías para el titular del derecho dentro del Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño.	
Variable Independiente.	Variable Dependiente.
Garantías que conllevan el uso del Anticipo de Prueba	Titular del derecho.
Indicadores	Indicadores
<ul style="list-style-type: none"> • Anticipo de Prueba 	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso Civil Salvadoreño
<ul style="list-style-type: none"> • Garantías 	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso Mercantil Salvadoreño
<ul style="list-style-type: none"> • Audiencia Probatoria 	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia
	<ul style="list-style-type: none"> • Litigantes

3.1.2 Hipótesis Específica

Objetivo Especifico 1.	
Identificar con cuales medios de prueba, que están regulados en el Proceso Civil y Mercantil, puede realizarse la práctica de la figura del Anticipo de Prueba regulada dentro del Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño.	
Hipótesis Especifica (1).	
La práctica del Anticipo de Prueba se puede llevar a cabo con los medios de prueba que se encuentran regulados dentro del Código Procesal Civil y Mercantil.	
Variable Independiente.	Variable Dependiente.
Práctica del Anticipo de Prueba	Medios Probatorios

Indicadores	Indicadores
<ul style="list-style-type: none"> • Anticipo de Prueba 	<ul style="list-style-type: none"> • Prueba
<ul style="list-style-type: none"> • Garantías 	<ul style="list-style-type: none"> • Actividad Probatoria
<ul style="list-style-type: none"> • Audiencia Probatoria 	

Objetivo Especifico 2.	
<p>Detallar cual es el procedimiento que se debe practicar para poder realizar la práctica del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil.</p>	
Hipótesis Especifica (2).	
<p>Para practicar el Anticipo de Prueba existe un procedimiento regulado dentro del Código Procesal Civil y Mercantil.</p>	
Variable Independiente.	Variable Dependiente.
Practica del Anticipo de Prueba	Procedimiento
Indicadores	Indicadores
<ul style="list-style-type: none"> • Proceso Civil Salvadoreño 	<ul style="list-style-type: none"> • Inmediación Judicial
<ul style="list-style-type: none"> • Proceso Mercantil Salvadoreño 	<ul style="list-style-type: none"> • Partes
<ul style="list-style-type: none"> • Actividad Probatoria 	<ul style="list-style-type: none"> • Validez
	<ul style="list-style-type: none"> • Eficacia

Objetivo Especifico 3.
<p>Determinar cuáles son las diferencias, entre el Anticipo de Prueba y las Diligencias Preliminares en el Proceso Civil y Mercantil.</p>

Hipótesis Específica (3).	
Entre el Anticipo de Prueba, el Aseguramiento de Prueba y Diligencias Preliminares existen diferencias.	
Variable Independiente.	Variable Dependiente.
Anticipo de Prueba, el Aseguramiento de Prueba y Diligencias Preliminares	Existencia de diferencias
Indicadores	Indicadores
<ul style="list-style-type: none"> • Proceso Civil Salvadoreño 	<ul style="list-style-type: none"> • Objeto de Prueba
<ul style="list-style-type: none"> • Proceso Mercantil Salvadoreño 	<ul style="list-style-type: none"> • Fuentes de Prueba
<ul style="list-style-type: none"> • Actividad Probatoria 	<ul style="list-style-type: none"> • Medios de Prueba

3.2 Técnicas de Investigación.

3.2.1 Entrevista no Estructurada.

Esta figura es flexible y más apertura a realizar preguntas que surgen imprevistamente, aunque los objetivos de la investigación rigen a las preguntas, su contenido, orden y formulación se encuentra por completo en el entrevistador. Esta puede plantear cuestiones previas que serán indagadas en la entrevista o pueden desarrollarse sin preparación pretendiendo que el entrevistado exprese su opinión sobre el tópico. Esta dirigida al Lic. Oscar Antonio Canales Cisco, colaborador Centro de Documentación Judicial y; Lic. Nelson Palacios Hernández, Juez Cuarto de lo Civil y Mercantil, San Salvador.

PARTE II

INVESTIGACION DE CAMPO

CAPITULO IV

ANALISIS DE RESULTADOS.

CAPITULO IV

ANALISIS DE RESULTADOS.-

4.1 PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.

En este capítulo se exponen los datos obtenidos en la entrevista no estructurada realizadaa especialistas en la materia civil y mercantil, así como el análisis de los aspectos más relevantes de cada uno de ellos, que servirá para la demostración y verificación de las hipótesis planteadas en el capítulo tercero de esta investigación.

Se le da solución al planteamiento de la situación problemática planteada en el capitulo primero de esta investigación, dando un aporte sustentado en la teoría y la información recabada en las entrevistas, donde se realizaron interrogantes a distintos especialistas en esta área del derecho. Encontrando una variedad de criterios con respecto a esta figura y a raíz de esos resultados obtenidos podemos llegar a realizar la comprobación de las hipótesis que se han planteado oportunamente en el desarrollo de esta investigación.

ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA N° 1.

Dirigida a: Lic. Oscar Antonio Canales Cisco.

Lugar: Centro de Documentación Judicial.

Fecha: Catorce de Julio de Dos Mil Once.

1. **¿Para Ud. que diferencias existen entre el Anticipo de Prueba regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil (Art.326) y la denominada Prueba**

para Futura Memoria que se encontraba regulada en el derogado Código Procesal Civil (Art. 162)?

La principal diferencia que existe es que entre los dos procedimientos para recibir la prueba de forma anticipada es que mediante esta nueva regulación se está ampliando el margen sobre los medios probatorios que se pueden recibir de forma anticipada porque la recepción de la prueba en riesgo en la prueba para futura memoria estaba meramente limitada para algunos medios probatorios regulados por la ley en el Procedimiento Civil, ahí solo mencionaba algunos supuestos. Otra diferencia que existe es la estricta intervención entre las partes interesadas que puedan resultar afectadas, porque en este tipo de proceso para recibir la prueba que se encuentra en riesgo, se permitía la intervención del síndico, el cual no tenía nada que ver con el proceso y realmente ni participaba a veces porque su participación era optativa podía o no podía llegar el síndico y la prueba siempre se iba a recibir, cuando aquí, lo indicado era la parte contraria o el que constituía esa calidad.

2- ¿Cuáles criterios se deben valorar para la procedencia del Anticipo de Prueba que se encuentra regulada Código Procesal Civil y Mercantil?

Lo que va a valorar como lo dice el Art. 326 Código Procesal Civil y Mercantil, es el temor de la pérdida del medio de prueba el cual, debe ser fundado y por ese temor existente que la prueba no se pueda producir en el momento indicado; básicamente ese sería el criterio que el juez tomaría bajo ese temor

fundado que ese medio de prueba no se pueda repetir en el momento apropiado atendiendo a todas las solemnidades de los procesos principalmente en el proceso común que es de dos audiencias y para que llegue a la audiencia probatoria ésta tenga que esperar tanto tiempo

3- ¿Según su criterio quien es el titular del derecho de solicitar la práctica del Anticipo de Prueba?

El titular será toda aquella persona que intente valerse de este medio en un futuro y quien puede ser el titular es cualquiera de las partes tanto el demandante como el demandado ambos, sujetos procesales pueden valerse de este medio procesal

4- ¿Puede el futuro demandado solicitar la práctica del Anticipo de Prueba sin todavía haberse interpuesto una demanda en su contra? ¿En qué casos cabría la posibilidad de esta solicitud?

Atendiendo a la coherencia de la pregunta anterior el futuro demandado puede solicitar la práctica del Anticipo de Prueba sin haber interpuesto aun una demanda en su contra, este es un procedimiento por medio del cual el demandado también lo puede hacer ya que ha sido hecho para ambas partes

¿En qué casos cabría esta solicitud? Aquí el demandado tiene dos opciones una aparentemente no tiene conocimiento el demandado que se le va a demandar uno diría él cómo puede saber cómo se le va a demandar y bueno hay personas que conocen que se les va a demandar porque el

acreedor en actos extendido convencional o por ministerio de ley le puede estar reclamando alguna indemnización o algún cumplimiento de un obligación al deudor el cual será el futuro demandado y ante tal eventualidad es que tiene dos opciones

-Una pedir que se promueva la demanda mediante la jactancia, en este caso el demandado no tiene temor alguno que cuando él sea demandado presentar sus pruebas por lo tanto el está confiado.

-Otra es la del caso del Art 256 Ord. 10 CPCM, en este caso el futuro demandado está en la idea de que se le puede demandar por lo cual se anda jactando de que él es deudor; y se pueden probar estas diligencias de jactancia y esperar hasta que se presente la demanda, presentar su prueba oportuna y ahí en este supuesto no existe ningún riesgo, en cambio puede existir eventualmente un riesgo de que se pueda perder la prueba y que el demandado tenga conocimiento que se está intentando o que se puede intentar presentar una demanda mientras eso sucede se puede solicitar el anticipo de prueba; básicamente el tramite anterior con este irían de la mano porque el demandado solicita el anticipo y está sujeto al plazo que habla el Art 328 Inc. 2º CPCM, en este caso caminarían de la mano las diligencias preliminares de que les hable del Art 256 Ord. 10, CPCM, para que el juez requiera al eventual demandante que presente la demanda y paralelo o simultáneamente tener el anticipo de Prueba si este fuera el caso, que se tenga el temor de que ésta se le pierda en el supuesto planteado, pero por lo

demás podría ser el caso del testigo que se vaya fuera del país o que se encuentre grave de salud y su vida está en riesgo y no puede esperar tanto o de la prueba pericial que el daño producido en el objeto o la cosa mueble o inmueble pueda desaparecer.

5- ¿Para Ud. qué Juzgado es competente para conocer sobre el Anticipo de Prueba?

Sera competente aquel conforme a las reglas de la competencia deba conocer sobre el eventual proceso, aquí intervienen las reglas de la competencia tanto objetiva como subjetiva, para motivos de ver quién es el juzgador competente para conocer, difícilmente se le puede pedir el Anticipo de Prueba a un juez de paz porque este no es competente bajo este código, sin embargo en un dado caso puede brindarle ayuda Auxilio Jurídica. Realizada la audiencia extraordinaria del Anticipo de Prueba se declara incompetente al juez que la realizó, en este caso como quedaría esa diligencia realizada, sería válido que el juez que conocerá de ello la acepte tal como está sin haberla realizado él o tendría que realizarla nuevamente este. Como sabemos la competencia se fija con esto de presentada la demanda pero como sabemos en un mes pueden suceder varias cosas una de ellas que cambie el domicilio del demandado y entonces puede ser que el juez competente fue el que realizó el anticipo él hubiera conocido sino se hubiese cambiado el domicilio del demandado como se Santa Ana se fue a San Miguel, entonces el de San Miguel, es el que debe de conocer del

proceso y no aquel que realizó el anticipo, pero en si materialmente y físicamente aquellas diligencias practicadas por aquel juez tienen validez, en este caso cabría la posibilidad que el juez que realizo esta práctica no era el competente y no debió hacerlo, él no era el competente y el podría rechazar la demanda, en estos casos el Anticipo de Prueba siempre conserva su validez porque lo que se pretende mediante la intermediación e intervención judicial que se respeten las garantías y derechos constitucionales como el derecho a la defensa y si estos se respetaron ante un juez aun que el después dijo yo no soy competente pero esas diligencias que el realizó siempre siguen conservando su validez y se pueden trasladar a aquel que en definitiva las llevará.

6- ¿Qué garantías conlleva para el titular del derecho el hacer uso del Anticipo de Prueba?

Asegurar el medio probatorio y utilizarlo en el momento oportuno, introducido mediante lectura en la audiencia probatoria sobre el resultado del Anticipo de Prueba.

7- ¿Para Ud. qué valor probatorio tiene el Anticipo de Prueba?

En si le dará el valor que le corresponde conforme a la ley de acuerdo al medio de prueba que se haya practicado que se realice en una audiencia especial, no le da mayor ni menor valor, se encuentra en el mismo plano de cualquier medio de prueba que se haya practicado en su momento oportuno y valorado bajo las mismas reglas.

8- ¿Con respecto una prueba que se haya practicado mediante el Anticipo de Prueba antes de iniciarse el proceso y que también se haya practicado ésta en Audiencia Probatoria; el juzgador qué valor probatorio estimará para cada una de ellas?

Que pasaría en el caso de la prueba testimonial que se presentó como Anticipo de Prueba y llegado el momento procesal oportuno este está en la posibilidad de realizarlo nuevamente a cual le daría más valor el juez a la primera realizada ó a la segunda donde este tuvo la oportunidad de llegar más preparado e incorporar otros hechos que en aquel momento omitió. Aquí lo que el juez utilizará es la sana crítica, aquí el juez no tomara toda la anterior o toda aquella practicada después, sino éste debe valorar el tiempo transcurrido y ver si fue en mayor calidad lo dicho por el testigo o de menor y más aun si dice el testigo que por el tiempo trascurrido no se recuerda bien y en este caso para mí lo que valdría es el Anticipo de Prueba realizado y también prácticamente sí se le vuelve a citar no es para preguntarle de lo mismo sino para tener nuevas declaraciones y para un conainterrogatorio pero no para volver a repetir lo que él ya dijo porque digamos que en este caso se le hace una misma pregunta que antes se le hizo esta podría hasta objetarse y decirle que el testigo ha venido a declarar sobre otras cosas que omitió anteriormente y aquí está siendo repetitivo y aquí para aclarar conceptos ya declarados con anterioridad, digamos que si existe contradicción con lo dicho diciendo menos o agregando nuevas cosas aquí el

juez tendrá que tener en consideración la sana crítica pero en si ninguna prevalece sobre la otra.

9- ¿Con cuáles medios de prueba procede la práctica del Anticipo de Prueba?

Procede con todos los medios probatorios eso lo podemos encontrar regulado en el Art. 327CPCM, donde establece que será admisible el Anticipo de Prueba respecto de cualquier medio de los que este código prevé.

10-¿Por qué el Anticipo de Prueba en el caso de la prueba documental sólo procede una vez iniciado el proceso, tal como lo estipula el Art. 327 Inc.2º Código de Procesal Civil y Mercantil? ¿Existirá alguna excepción a esta regla?

Creo que respecto a la prueba documental sería muy difícil que se podría hacer uso del Anticipo de Prueba, porque como sabemos aquí también existen las diligencias preliminares para poder recibir un documento por eso es que separa de este Art. 327CPCM.Si el documento no está en poder de la parte que promovió el proceso para eso tiene las diligencias preliminares pero una vez iniciado el proceso tiene esta forma de Anticipo de Prueba, pero en qué consistiría este tipo de prueba documental propiamente más allá del “mire este documento yo no lo tengo lo tiene aquel pídaselo”, y más que todo el Anticipo de Prueba es sobre la impugnación que se podría esperar de la prueba documental de acuerdo al Art. 339 y 340CPCM.Para mí este es el

Anticipo de Prueba viendo de cómo el documento se nos puede perder o destruir prácticamente dice el Art. 288 CPCM, sino tenemos la prueba documental le hace el llamado al juez para que él se la pida conforme a las reglas del Art. 336 CPCM, la que el juez le pide pero esto no es un Anticipo de Prueba; lo ideal es que la prueba documental la tenga la parte que haga la alegación y presente el documento probatorio para ver y comprobar su pretensión, pero si no lo tiene aquí vienen los presupuestos porque si no lo tiene desde el inicio del proceso con las diligencias preliminares promueve estas diligencias de las que me estaba refiriendo de la exhibición del instrumentos de acuerdo al Art 336 CPCM, y estos no son Anticipo de Prueba, en sí el Anticipo de Prueba propiamente es hacerle una impugnación al documento porque podríamos confundir y decir cuando un Anticipo de Prueba documental sería aceptable con eso de la ocultación o destrucción del documento, pero esto más que todo es para efectos de impugnación no para efectos de solo traerlos y ya aquí veríamos dos tramites similares y paralelos del anticipo de la prueba y el deber de exhibición del Art. 336 CPCM, esto sería la diferencia que existe entre uno y otro.

11-¿Cuál es el procedimiento que se debe realizar cuando se ha solicitado la práctica del Anticipo de Prueba?

En si el Art 329 CPCM, nos expone la forma o tramite.

12-¿Qué sucede cuando se práctica el Anticipo de Prueba y no se cumple con la interposición de la demanda dentro de los treinta días posteriores a la práctica de ésta?, ¿Caduca o Prescribe el derecho?

El Inciso segundo del Art. 328 CPCM, que nos dice, si al proceso al cual tendría que incorporarse oportunamente la prueba que se está anticipando no estuviera aun en trámite, esta deberá iniciarse dentro del mes posterior a la práctica de la prueba. Aquí ni caduca ni prescribe simplemente pierde su valor esta es muy buena pregunta ya que el código no señala que pasaría una vez transcurrido el plazo pero bueno esto estaría relacionado con el Art. 316 CPCM, en la parte de su inciso segundo nos dice este tipo de prueba no será apreciada por el juez al fallar, aquí tenemos un vacío de ley y es evidente conforme al Art. 328 CPCM, en cuanto al valor que le dará el juez al medio probatorio que se intente utilizar vencido el plazo de este mes que el código señala; ya sea que este sea nulo o también pierda su eficacia porque simplemente toma en cuanto esto pero en la forma de dar el fallo.

13-¿Qué diferencia existe para Ud. entre el Anticipo de Prueba y el Aseguramiento de Prueba?

Prácticamente la diferencia reside en el tiempo en que se solicita y la existencia de ese temor de la pérdida, destrucción o ocultación del medio probatorio. Diferencias entre el anticipo y el aseguramiento: En el aseguramiento no existe el temor fundado pero se deja a la disponibilidad y alcance del juez la fuente de prueba de acuerdo al aseguramiento en el Art

323CPCM, para que el juez lo proteja y lo conserve porque estará mejor en manos del juez que del particular en cambio en el Anticipo de Prueba si existe ese temor por las malas intenciones o malicias que se puede realizar las partes. Otro detalle sería que el Aseguramiento de Prueba se trata sobre objetos materiales para que queden bajo la custodia y poder judicial, en cambio, en el Anticipo de Prueba se pretende abarcar todos los medios probatorios como lo dice el Art. 327 CPCM, pero únicamente documentarle y el juez se queda con los documentos, en el aseguramiento el juez se queda con el objeto litigioso, en cambio en el Anticipo de Prueba con el riesgo existente el juez sólo se queda con la declaración no con el testigo, en sí con esto del anticipo lo que se pretende es registrar la fuente de prueba por escrito y que este en audiencia teniendo previamente ese registro; creo que en el caso del Aseguramiento de Prueba lo que se busca es asegurar el objeto litigioso y no la prueba.

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

Se ha llegado a la interpretación que la diferencia existente entre el Anticipo de Prueba regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil y la Prueba para Futura Memoria que se regulaba en el derogado Código de Procedimientos Civiles, consiste básicamente en el alcance con razón a los medio de los que se pueden practicar, ya que entre ambos procedimientos tanto en Código de Procedimientos Civiles y el Código de Procesal Civil y Mercantil para recibir la prueba de forma anticipada es que mediante la nueva regulación contemplada en el Código de Procesal Civil y Mercantil se está

ampliando la esfera sobre los medios probatorios que se pueden practicar de forma anticipada siendo común algunos requisitos entre ambas regulaciones que para que proceda el Anticipo de Prueba tiene que existir temor de la pérdida del medio de prueba el cual, ese temor debe ser fundado y por ese temor existente la prueba no se pueda repetir en el momento indicado; y por último la diferencia entre el Anticipo de Prueba, Diligencias Preliminares y Aseguramiento de Prueba, se tiene primero que prácticamente la diferencia reside en el tiempo en que se solicita y segundo la existencia de un temor de la pérdida, destrucción o ocultación del medio probatorio, en el aseguramiento que no existe el temor fundado pero se deja a la disponibilidad y alcance del juez la fuente de prueba de acuerdo al aseguramiento en el Art 323 CPCM, para que el juez lo resguarde y así pueda ser conservada, ya que así estará mejor en manos del juez que del particular ó parte contraria que lo tenga en su poder porque se puede perder por eso es mejor que lo tenga el juez, en cambio en el Anticipo de Prueba y en cuanto a las diligencias preliminares, es que son actos que se llevan previamente de interponer la demanda, las cuales se llevan a cabo por efecto de obtener información necesaria para fundamentar nuestra pretensión.

ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA N° 2.

Dirigida a: Lic. Nelson Palacios Hernández.

Cargo: Juez 4° de lo Civil Mercantil, San Salvador.

Lugar: San Salvador.

Fecha: Quince de Julio de Dos Mil Once.

1.- ¿Diferencias entre Anticipo de Prueba y Prueba para Futura Memoria?

Bueno en el Art. 162 del Código de Procedimientos Civiles derogado, lo que había era la posibilidad de practicar un medio de prueba antes de iniciar un proceso, -por eso es que estaba incluida en los actos previos a la demanda- en ese sentido tiene el mismo carácter es decir la misma naturaleza y es que siempre es un Anticipo de Prueba, pero allá no se le denominaba así, aunque su naturaleza es igual, es la misma figura, en ese sentido no hay diferencias en cuestión como institución procesal, las diferencias están en cómo estaba regulada en el Código de Procedimientos Civiles derogado, lo que regulaba era sólo antes de la demanda pero no decía nada sobre una vez iniciado el proceso quiere decir que nosotros podíamos presentar una demanda hoy pero si nuestro testigo viene y nos dice que dentro de quince días se va del país, de conformidad al Art.162 del Código de Procedimientos Civiles, no había la posibilidad de producir el Anticipo de Prueba, cosa diferente que en el Código de Procesal Civil y Mercantils se puede antes y durante, siempre y cuando sea antes de la Audiencia Probatoria. La naturaleza es la misma las diferencias son básicamente a nivel normativo por ejemplo el resultado a quien le queda, en el Código de Procedimientos Civiles no decía a quién le quedaba si al tribunal ó al litigante para luego poderlo hacer valer, cosa que en Código Procesal Civil y Mercantil le queda al tribunal. También la posibilidad de que si es prueba la que se práctico de forma anticipada y que

el testigo está disponible en la Audiencia Probatoria, es decir, que no se fue del país, que sobrevivió a la enfermedad, la posibilidad de que cualquier parte lo pueda proponer, que se vuelva a citar y que vuelva a declarar y si no lo hace que no surta aquella, eso también no estaba regulado.

2.- ¿Entonces ahí el caso y si al testigo lo citan para que declare en Audiencia Probatoria, ahí Ud. como Juez a cual le daría más valor a la que se practico antes de iniciar el proceso ó la que se realizó durante el proceso?

Art. 162 del Código de Procedimientos Civiles derogado, cualquiera pudiera pensar que por lo fresco de la memoria del testigo tendría más valor lo que dijo la primera vez porque él estaba más fresco o lo que vino a decir en audiencia probatoria, que posiblemente sea un año después –allá se acordó más (la primera vez)-, cualquiera tendría que pensar que lo fresco de lo más inmediato tendría que ser lo más valedero, pero la forma de cómo lo regula el 329 inc.2º Código de Procesal Civil y Mercantil es en el sentido de que la última declaración que el da es la más valedera de manera así que si no se presenta pierde valor no se le toma en cuenta la que haya dado en forma anticipada, no es como si no vino a declarar la otra entra, pierde valor la declaración primera. Ahora si llegara a declarar por ejemplo, (solo la testimonial procede a repetir la pericial y esas no se pueden volver a repetir). La doctrina sostiene que la última declaración que el testigo da es la que más vale declaración que vale a lo sumo puede servir quien declara por segunda

vez es para confrontación, y el abogado en interrogatorio puede confrontar al testigo con la declaración anterior a efectos de impugnarlo o desacreditarlo por si quiere cambiar su declaración, medio se pida que declare nuevamente el testigo pierde validez la primera declaración que fue realizada en Anticipo de Prueba, lo sumo para restarle valor probatorio a la declaración del testigo. Art. 356 Código de Procesal Civil y Mercantil, en materia civil es muy difícil que esto se dé porque en materia civil es muy poco no hay donde haya manifestaciones previas como declaraciones juradas previas que se hayan dado ante notario ó como el caso Anticipo de Prueba, cosa que en materia penal si se da.

3.- ¿Qué criterios valora para admitir el Anticipo de Prueba?

En esta situación jurídica todavía no se ha solicitado Anticipo de Prueba, por parte de los litigantes pero los criterios deben ser exactamente los mismos que se deben de tomaren cuenta para admitir un Anticipo de Prueba, con la relación a la práctica de prueba en su Fase Normal, es decir, los requisitos de admisibilidad todos los requisitos que el juez tuvo que valorar al momento de Audiencia Preparatoria cuando le proponen todos los medios probatorios y si cumple todos los requisitos de admisibilidad entonces se debe admitir; pero adicionalmente, hay que examinar los requisitos propios del Anticipo de Prueba, es decir, que haya un peligro real que se pueda perder un medio probatorio, (además de aquellos como: pertinente, útil, necesario, legal, en tiempo en forma presentado), los requisitos propios del Art. 326 Código

CPCM, el estado de la personas ó del objeto. Entonces el juez tiene que valorar el qué evaluar, que ese temor sea fundado, y no en creencias o corazonadas; pero cosa diferente es que haya solicitado la residencia, pero acaba de empezar el trámite por obtenerla y si se la darán como dentro de ocho años ahí no habría justificación, cosa diferente que venga con el pasaporte y boleto comprado; por eso se dice que tiene que justificar *“situación de la personas o de la cosas”*, 328CPCM, *“la necesidad de su realización”*. Si no cumple con este requisito entonces se le previene a la parte para que aclare el porqué es necesario hacer esa práctica de prueba anticipadamente; el Juez debe ser competente, cuando se presente anticipo de prueba tiene que ver si es competente, es decir si no es competente para llevar el proceso principal tampoco es competente para llevar la práctica del Anticipo de Prueba, ejemplo que se dé el caso que el demandado sea de Santa Ana y el terreno esta Santa Ana, soy de Santa Ana, entonces el juicio tiene que llevarse en Santa Ana, la competencia también es algo adicional que se tiene que ver siempre y cuando sea antes de iniciar el proceso; -la solicitud de Anticipo de Prueba tiene que ir redactada como si fuera una demanda-; sobre esto hay doctrina que plantea situaciones como si se hace solicitud y un juez lleva el proceso creyendo que es competente del proceso principal y surge que no es competente o que son dos los competentes (1º y 2º Civil mercantil) ¿es válido el Anticipo de Prueba? La doctrina dice que si es válido y que no tiene ningún defecto, y el otro juez competente manda a remitir las diligencias. Aquí esto nos lleva a otro problema el tema de la

inmediación, y según las regla que establece el Código de Procesal Civil y Mercantil sobre la intermediación, esto no se podría dar, ya que el juez según el principio mencionado esta impedido a emitir una sentencia sobre este punto –claro aunque sea y siga siendo la prueba válida pero el juez no la puede valorar porque él no la intermedió- porque vean el caso del Art. 214 CPCMeste sólo dicta la sentencia cuando él la ha intermediado e hizo la audiencia, y al suceder en algún caso que se encuentre imposibilitado de realizar la audiencia entonces se suspende pues la razón des por el principio de intermediación lo que hace necesario y obligatorio que el juez se encuentre presente. La doctrina dice que no es nula esa actuación pero el código entra en contradicción.

4.- ¿En el caso de los titulares del derecho para solicitar el Anticipo de la Prueba que sucede con el Demandado?

Ese es un error de nuestro código que solo nosotros lo tenemos acá, porque el futuro demandado solo imagínese justificar el temor que tiene que se pierda el medio de prueba en el caso demandante dice voy a demandar a este señor por estos hechos, y estos son los hechos señor juez, y por lo tanto eso le permite al juez evaluar y dentro de ese caso es pertinente el anticipo de prueba porque al juez le permite valorar si es útil ó pertinente la prueba y dice si lo puede practicar y determinar si es admisible. Pero el demandado - ¿Cómo justifica? El juez le ordenara que primero justifique que cree va ser demandado, el solicitante dice creo que seré demandado, entonces el juez

por lo menos no lo tiene por justificado porque el demandado viene a decir cosas como que cree que va ser demandado sobre unos hechos y que para eso necesitara a ese testigo y como él se va ir y tiene el temor de que se irá, sin embargo, eso es solo un temor y no se tiene por justificado el Anticipo de Prueba, el solicitante dice “yo creo que seré demandado”; y vean que tan ilógico supongamos que se admite la practica hay que citar a la parte contraria, y se cita a la parte contraria que sería el futuro supuesto demandante dice ni se me ocurrió demandar a este sujeto, pero bueno imaginémonos que llegó y se realizó la práctica del anticipo de prueba, pero veamos de quién depende la validez de la práctica del anticipo de prueba, porque hay que hacer énfasis en que él tiene que demandar dentro de quince días, donde el demandado no tiene nada que ver con eso y el demandante dice bueno pero viéndolo bien sí puedo demandar a este sujeto pero no en treinta días sino que lo haré dentro de cuarenta días, y aquella prueba anticipada perdió validez entonces para que le sirvió al demandado, de nada, porque no depende de él ni el proceso ni en el momento en que se va demandar, entonces diríamos que esta posibilidad es inservible para el futuro demandado.

5.- ¿Art. 327 inc. 2º que pasa ahí con esa prueba instrumental?

Lo que sucede que la prueba instrumental es una prueba muy especial, y entonces esa prueba digamos no tiene un momento visible de proposición y práctica, porque desde el momento de que se incorpora esta, ¿Cómo puede

decir que tenga temor que la práctica de esta prueba instrumental se va perder? Si no se tiene el instrumento pues ¿Lo va ir a perder? No tiene sentido; dice el solicitante yo creo que esto no lo voy a poder presentar, diferente es con un testigo ó con un objeto como una casa por ejemplo tal vez por la tormenta casa se va caer y quiero que la vengan a ver inmediatamente para realizar el reconocimiento judicial este tipo de cosas si se puede perder, pero surge la interrogante con la prueba documental ¿Cómo se puede perder? el documento no se va ir, no va de viaje, ni se enferma, que son los supuestos más probables de su práctica, en un instrumento no hay posibilidad de su práctica en cuanto a su naturaleza, porque con la demanda es obligación incorporarla, según el Artículo 310 Inc. Ultimo CPCM, solo se incorpora y ya y por eso no tiene sentido presentarla de forma anticipada porque los riesgos por los cuales se puedan presentar según el art.326 CPCM que dice por el temor fundado que se pueda hacer imposible en audiencia probatoria reproducirla, un instrumento no está en esa situación, entonces un Anticipo de Prueba sería casi como ir a depositar el documento vengo a presentar este documento porque lo necesita para demandar al señor "X" en un juicio reivindicatorio entonces vengo a que se practique anticipadamente la prueba documental consistente en escritura de mi propiedad, porque no lo puede presentar en la demanda porque creo que me lo van a robar, sería como decir con el testigo creo que lo asaltará, es que creo que una tormenta me mojará el documento, no hay justificación, y la posibilidad de que solo dentro del proceso se podrá tampoco tiene sentido

porque es obligación presentarlo con la demanda, ¿Cómo puede haber prueba anticipada una vez presentada? La prueba documental debe ser aportada con la presentación de la demanda y tampoco hay caso dentro del proceso, sin embargo, existen aquellos casos donde la prueba instrumental se puede presentar una vez iniciado el proceso, pero eso depende del proceso, pero es en otros países, esto lo digo porque nuestro código es copiado, por ejemplo en Uruguay, España y hasta en familia, pero en nuestro país no hay Anticipo de Prueba instrumental porque la prueba instrumental se presenta junto con la demanda, esto se puede ver con la legislación de donde fue copiado el artículo que ahí si tiene sentido porque ahí si existe la posibilidad.

6.- ¿Diferencias entre Anticipo de Prueba, Aseguramiento de Prueba y Diligencias Preliminares?

Aseguramiento de Prueba: es asegurar la fuente de prueba, por ejemplo alguien dice mire creo que aquel muro se va caer quiero que se asegure y que se me autorice ponerle algo para que no se caiga para cuando le pida el reconocimiento así que asegura la fuente de prueba.

El Anticipo de Prueba: es la práctica del anticipo de la prueba ejemplo dice quiero que vaya ya a practicarla.

Diligencias preliminares: vienen casi de la misma naturaleza, porque se hacen de manera preliminar el Anticipo Prueba. Las diligencias preliminares vienen a sustituir lo que antes era lo actos previos a la demanda; sin

embargo la naturaleza del Anticipo de la Prueba por tener algo especial lo aparto de diligencias preliminares porque trata sobre algo especial que es prueba, bien pudo el legislador ponerlo como una diligencia preliminar.

7.-¿Qué pasa si posterior a los treinta días no se presenta la demanda?

Eso es un plazo de caducidad de la efectividad el Anticipo de Prueba, claro la demanda es válida, lo único que cuando se pida que se incorpore esa prueba el juez vera que la demanda fue presentada a posterior a ese plazo entonces simplemente la tiene por incorporada y no le va dar ninguna valor ahí no va decir nada en la sentencia cuando valore tiene que decir porque tiene la obligación de hacer una valoración de todos los medios de prueba pues respecto de eso lo único que va decir que posterior haber transcurrido el término para presentar la demanda entonces no tiene ningún valor probatorio y eso no significa que no será incorporada lo que no tiene es valor probatorio porque la prueba fue válida, no es nula pero ya está, ahí, pero en base al artículo pierde validez y efectividad, es decir, caducó en cuanto a la validez del medio probatorio practicado bajo esa modalidad, entonces el litigante cree que por solo el juez la incorpore ya tiene validez y efectos y que es válido, pero no es así lo que tiene que hacer es proponerlo de nuevo ya en el proceso.

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

Según esta entrevista entre las diferencias entre el Anticipo de Prueba y la Prueba para Futura Memoria, lo que había era la posibilidad de practicar un

medio de prueba antes de iniciar un proceso, -por eso es que estaba incluida en los actos previos a la demanda- en ese sentido tiene el mismo carácter misma naturaleza y es que siempre es un Anticipo de Prueba pero allá no se le denominaba así pero su naturaleza es la misma, es la misma figura, en ese sentido no hay diferencias en cuestión como institución procesal, las diferencias están en cómo estaba regulada en el Código de Procedimientos Civiles. Para la admisibilidad del Anticipo de Prueba los criterios deben ser exactamente los mismos que se deben de tomaren cuenta para admitir un Anticipo de Prueba en su Fase Normal, es decir todos los requisitos de admisibilidad todos los requisitos que el juez tuvo que valorar al momento de audiencia preparatoria cuando le proponen todos los medios probatorios y si cumple todos los requisitos de admisibilidad entonces se debe admitir. En cuanto a las diferencias entre el Anticipo de Prueba, las Diligencias Preliminares y el Aseguramiento de Prueba tenemos que Aseguramiento de la Prueba es asegurar la fuente de prueba, el Anticipo de Prueba es la práctica del Anticipo de Prueba, las Diligencias Preliminares vienen casi de la misma naturaleza, porque se hacen de manera preliminar el Anticipo Prueba. Las diligencias preliminares vienen a sustituir lo que antes era lo actos previos a la demanda; sin embargo la naturaleza del Anticipo de Prueba por tener algo especial lo aparto de diligencias preliminares porque trata sobre algo especial que es prueba, bien pudo el legislador ponerlo como una diligencia preliminar.

4.2 ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN.

4.2.1 SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN.

✓ Problema Estructural

¿Cuáles son los criterios que se deben valorar para la procedencia del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil?

En vista de lo expresado por las personas entrevistadas se puede decir que la práctica del Anticipo de Prueba, exige requisitos que son propios por la naturaleza de ésta figura jurídica sin los cuales esta no se puede valorar por el juzgador, criterios que deben existir y expresarse en momento oportuno para que proceda el Anticipo de Prueba, criterios que según se ha llegado a la interpretación y análisis que son temor fundado de que se pueda perder un medio de prueba por la imposibilidad de reproducción de los hechos en la audiencia probatoria sea por la situación de las personas o el estado de las cosas, criterios que el juzgador debe valorar para estimar la admisibilidad y la procedencia de esta figura para su producción.

¿Cuál es el modo de proceder en el Anticipo de Prueba regulada en el Proceso Civil y Mercantil y que garantías conlleva el uso de esta figura para el titular del derecho en el Proceso Civil y Mercantil?

Sobre este problema se tiene que el modo de proceder para la práctica del Anticipo de Prueba regulada en el Código Procesal Civil Mercantil, es en base a lo regulado en Art. 328, el solicitante se deberá de presentar ante el juez competente para conocer o que este conociendo del proceso la solicitud

del Anticipo de Prueba, sin embargo estar solo eso estipulado, sobre las actuaciones a realizar por parte del tribunal se ha quedado corta la legislación, entonces para lo cual se deben aplicar la reglas de integración de la norma procesal.

✓ Problemas Específicos.

¿Con cuales medios de prueba de los que se encuentran regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, puede realizarse la práctica de la figura del Anticipo de Prueba que se regula dentro del Código Procesal Civil y Mercantil?

Según lo planteado por las personas entrevistadas se llega al punto que la práctica del Anticipo de Prueba, se puede llevar a cabo con todos los medios de prueba que se encuentran regulados en el código de procesal civil mercantil y todos aquellos que no se encuentren regulados en él siempre y cuando no atenten contra la moral y la libertad personal de las partes ó terceros, y que sean legales, lícitos, pertinentes y útiles, para probar las aseveraciones realizadas por los titulares de los derechos.

¿Cuál es el procedimiento que se debe practicar para poder realizar la práctica del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil?

El proceso no aparece especialmente regulado para practicar el Anticipo de Prueba es por eso que se debe realizar la integración de la norma procesal

en base las reglas de las competencia, siempre respetando las garantías procesales de audiencia, defensa e intermediación.

¿Cuáles son las diferencias, entre el Anticipo de Prueba y las Diligencias Preliminares en el Proceso Civil y Mercantil?

El Anticipo de Prueba, es una figura encaminada a realizar la práctica de la producción de la prueba para que esta sea vertida en el proceso, y las diligencias preliminares son encaminadas a realizar actos con fines de preparación para la presentación de la demanda.

4.2.2 DEMOSTRACIÓN Y VERIFICACIÓN DE HIPÓTESIS.

HIPÓTESIS GENERALES.

✓ **HIPOTESIS GENERAL 1: Existen criterios que deben ser valorados para que el Anticipo de Prueba proceda en el Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño.**

En esta Hipótesis ha sido demostrado que existen criterios para valorar la procedencia del Anticipo de Prueba, en vista de lo expresado por las personas entrevistadas se puede decir que la práctica del Anticipo de Prueba, exige requisitos que son propios por la naturaleza de esta figura jurídica sin los cuales esta no se puede valorar por el juzgador, criterios que deben existir y expresarse en momento oportuno para que proceda el Anticipo de Prueba, criterios que según se ha llegado a la interpretación y análisis que son temor fundado de que se pueda perder un medio de prueba por la imposibilidad de reproducción de los hechos en la audiencia probatoria

sea por la situación de las personas o el estado de las cosas, criterios que el juzgador debe valorar para estimar la admisibilidad la procedencia de esta figura para su producción.

✓ **HIPOTESIS GENERAL 2: El uso del Anticipo de Prueba produce garantías para el titular del derecho dentro del Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño.**

Se ha tenido a través de la información recabada que el Anticipo de Prueba produce garantías; además se tiene que el modo de proceder para la práctica del Anticipo de Prueba regulada en el Código Procesal Civil Mercantil, es en base a lo regulado en Art. 328, el solicitante se deberá de presentar ante el juez competente para conocer o que este conociendo del proceso la solicitud del Anticipo de Prueba, sin embargo estar solo eso estipulado, sobre las actuaciones a realizar por parte del tribunal se ha quedado corta la legislación, entonces para lo cual se deben aplicar la reglas de integración de la norma procesal.

HIPOTESIS ESPECÍFICA.

✓ **HIPOTESIS ESPECIFCA 1: La práctica del Anticipo de Prueba se puede llevar a cabo con los medios de prueba que se encuentran regulados dentro del Código Procesal Civil y Mercantil.**

Esta hipótesis se ha comprobado que la figura del Anticipo de Prueba se puede llevar a cabo con todos los medios de prueba que se encuentran regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil y todos aquellos que no se

encuentren regulados en él siempre y cuando no atenten contra la moral y la libertad personal de las partes o terceros, y que sean legales, lícitos, pertinentes y útiles, para probar las aseveraciones realizadas por los titulares de los derechos

✓ **HIPOTESIS ESPECIFCA 2: Para practicar el Anticipo de Prueba existe un procedimiento regulado dentro del Código Procesal Civil y Mercantil.**

Esta Hipótesis ha dejado en vista que nuestro legislador no especificó un procedimiento específico para la práctica de la figura del Anticipo de Prueba, por eso es que el proceso no aparece especialmente regulado para practicar el Anticipo de Prueba es por eso que se debe realizar la integración de la norma procesal en base las reglas de las competencia, siempre respetando garantías procesal de audiencia, defensa e inmediación.

✓ **HIPOTESIS ESPECIFCA 3: Entre el Anticipo de Prueba, el Aseguramiento de Prueba y Diligencias Preliminares existen diferencias.**

Se ha establecido con esta hipótesis que las figuras en entendimiento son diferentes y que cada una tiene su propio fin, el Anticipo de Prueba, es una figura encaminada a realizar la práctica de la producción de la prueba para que ésta sea vertida en el proceso, y las Diligencias Preliminares son encaminadas a realizar actos con fines de preparación para la presentación de la demanda.

4.2.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

OBJETIVOS GENERALES.

✓ **Estudiar cuales son los criterios que se deben valorar para la procedencia del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil.**

Este objetivo ha sido logrado porque en el desarrollo de la investigación se encontraron, analizaron y estudiaron cuales son los criterios para valorar la procedencia del Anticipo de Prueba dentro del Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño.

✓ **Analizar el modo de proceder en el Anticipo de Prueba regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil y que garantías conlleva el uso de esta figura para el titular del derecho en el Proceso Civil y Mercantil.**

Este objetivo general y de naturaleza muy practica ha sido logrado con la investigación ya que se tuvo la observancia sobre los puntos específicos para la procedencia del anticipo y la garantía que conlleva el uso de esta figura para todos aquellos que pretendan hacer valer un derecho que se encuentra en un riesgo posible de perder su medio de prueba y sin lo cual no podrán hacer valer sus aseveraciones dentro de la audiencia probatoria.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

✓ **Identificar con cuales medios de prueba, que están regulados en el Proceso Civil y Mercantil, puede realizarse la práctica de la figura del Anticipo de la Prueba regulada dentro del Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño.**

Este objetivo se pudo realizar después que se analizó cuales son los medios que pueden proceder para la práctica del Anticipo de Prueba, que se encuentra regulada dentro del Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño.

✓ **Detallar cual es el procedimiento que se debe practicar para poder realizar la práctica del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil.**

Un objetivo por el cual se realizó esta investigación fue detallar el procedimiento a realizar ante la práctica del Anticipo de Prueba ya que el legislador no estipuló uno en específico por lo cual se aplicaron las reglas de la competencia y de respeto a las garantías constitucionales y procesales de inmediación y de defensa.

✓ **Determinar cuáles son las diferencias, entre el Anticipo de Prueba y las Diligencias Preliminares en el nuevo Proceso Civil y Mercantil.**

Objetivo que fue planteado debido a lo similar que parecen las figuras aquí mencionadas y que tienden a confundir al momento de aplicar una u otra porque al parecer que tienen aspectos similares, pero son figuras con sus características propias y singulares que cada una posee; este objetivo fue alcanzado ya que si se encontró que entre estas figuras existen diferencias que son sustanciales y que a la hora de aplicarlas es de suma importancia tener claro en qué consiste cada una de ellas, porque de aplicarle las características de una a otra figura puede acarrear graves efectos negativos porque la finalidad de cada una de ellas va encaminada a diferentes razones.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

CAPITULO V

CONCLUSIONES.

5.1 CONCLUSIONES.

5.1.1 CONCLUSIONES GENERALES.

✓ DOCTRINARIA.

a) El Anticipo de Prueba es una de las excepciones justificadas, porque, la práctica de la prueba es llevada a cabo antes de que se inicie el proceso o antes de que llegue la audiencia probatoria; es decir que esto es una forma anormal dentro de la actividad procesal ordinaria, con el fin que medio pueda practicarse, cuando exista el temor fundado que la prueba pueda perderse o destruirse haciendo imposible su reproducción en la audiencia probatoria.

b) Para poder practicar el Anticipo de Prueba exige como presupuestos básico que se tema la pérdida de un medio de prueba y que este pueda ser imposible de reproducirse en la audiencia probatoria es decir que concurren los elementos de irrepitibilidad y previsibilidad aunados con la plena inmediación judicial y la posibilidad de contradicción de las partes

✓ JURIDICA.

a) Nuestro legislador ha estimado que por circunstancias de la posibilidad de temer la pérdida de un medio de prueba por la imposibilidad de reproducción de los hechos en la audiencia probatoria o por la situación

de la personas o el estado de las cosas, es razón suficiente para que proceda la práctica del Anticipo de Prueba según se ha establecido en el Art. 326 en su inciso primero del CPCM.

b) La práctica del Anticipo de Prueba es admisible respecto de aquellos medios que nuestro código procesal Civil contempla siempre y cuando sea una prueba legal, lícita, útil y pertinente según el Art.327 inciso primero del CPCM, todo ello siguiendo con las reglas establecidas para la admisión de cada medio de prueba en el proceso ordinario.

✓ **POLITICA.**

a) Desde el punto de vista constitucional se entiende, el Anticipo de Prueba como parte excepcional de la actividad probatoria viene a fortalecer los derechos individuales en relación con los principios y garantías procesales que enmarca el debido proceso por esta razón es que las nuevas corrientes jurídicas procesales buscan que la justicia se mantenga acorde a los cambios sociales, comerciales y tecnológicos de tal manera los países así como el nuestro vayan adaptando los mecanismos que exige la modernidad. Es así que todas las corrientes políticas del país, representadas en la asamblea legislativa aprobaron el proyecto con el cual se garantiza el cumplimiento de los derechos constitucionales de las personas esto en relación a los cambios y exigencias sociales porque a medida la sociedad cambia el campo del derecho debe cambiar y adoptar las exigencias que con ella conllevan los cambios sociales.

a) Por tal razón los autores del derecho han destacado las deficiencias con las que contaba el Código de Procedimientos Civiles entre estos defectos están de ser un proceso disgregado mediático y escrito, frente a las tendencias actuales de concentración, inmediación y oralidad, por tal razón era necesario que los distintos autores políticos y jurídicos se unieran en la aprobación unánime del CPCM con el fin de actualizar el sistema judicial y que responda a una pronta y cumplida justicia.

✓ **SOCIOECONÓMICAS.**

a) Con el anticipo de prueba, se garantiza a aquellas personas que tienen el temor fundado que se pierda su medio de prueba, para que estos sean practicados previamente y posteriormente estimados por el juzgador en sentencia; así con esta figura se garantiza a la población la posibilidad de que se realizase la práctica de un medio de prueba cuando estos crean que se encuentra en riesgo de pérdida o que no podrá ser llevado a cabo en audiencia probatoria, con lo cual todas aquellas pretensiones que serán objeto del litigio se pueda tener todas las posibilidades para probar, aunque la oportunidad para hacerlo no sea en el momento normal estimado por la ley.

b) Con el anticipo de prueba se garantiza el derecho a la población de poder llevar a cabo la realización de la práctica del Anticipo de la Prueba, bastando para esto que precise de manera suficiente los hechos que justifican su petición y designar a la persona a quien pretenda demandar,

porque estar asegurando una prueba cuando se puede producir se ahorra un gasto a las personas quienes pretenden hacerse valer de esta valoración de prueba.

✓ **CULTURALES.**

a) Con la derogación del código de procedimiento civiles, que estuvo vigente desde los años 1881, por el moderno código procesal civil y mercantil, que incorporado la oralidad en los proceso, así como también nuevo medios de prueba que puede utilizar las partes litigantes, esto genera un cambio de cultura radical en el ámbito jurídico específicamente en el area civil y mercantil, lo que requerirán el estudio y la preparación de toda la sociedad jurídica salvadoreña, con el fin único de realizar una correcta aplicación, que se encamine al alcance de una justicias mas pronta y que satisfaga las necesidades de la población salvadoreña.

b) En la realidad jurídica Salvadoreña nos enfrentamos a diferentes culturas y es por ello que con la aprobación del Código Procesal Civil y Mercantil y la incorporación de la figura del Anticipo de la prueba lo que se pretende con ello es que las partes involucradas puedan hacer uso del amplio campo que ahora abarca el Anticipo de la prueba y con ello que se pueda garantizar el derecho y probar las pretensiones objeto del litigio.

5.1.1 CONCLUSIONES ESPECÍFICAS.

a) El Aseguramiento de Prueba es aquel que se adopta para proteger o conservar la fuente que se pretende llevar al proceso para comprobar las afirmaciones objeto de nuestra pretensión y estas solo procederán cuando se estimen pertinentes y adecuadas; el Anticipo de Prueba es aquella que se lleva a cabo para obtener la práctica del medio para que este sea incorporado en la audiencia probatoria

b) Las diferencias existentes con la figura del Anticipo de Prueba que se encuentra regulado en el código Procesal Civil y Mercantil en su Libro segundo y Título segundo del Capítulo tres, con relación Art. 162 del Código de Procedimientos Civiles derogado que algunos lo llaman prueba para mejor proveer o prueba para futura memoria, son de carácter normativo porque la naturaleza de esta figura en ambos es la misma. Lo que ahora sucede es que antes se le denominaba Actos previos a la demanda que ahora son denominadas Diligencias preliminares.

c) Los nuevos presupuestos políticos son orientados a la modernización del sector justicia Para responder al estancamiento que tenemos en la realidad social y jurídica es por ello que con estas nuevas figuras procesales como el Anticipo de Prueba buscan garantizar la inmediación y el derecho de defensa de las partes procesales.

d) El Anticipo de Prueba de alguna manera busca responder al principio de economía procesal establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil ya que el modo de proceder del Anticipo de Prueba se realiza en una audiencia extraordinaria basada en la concentración, celeridad que contribuye a que las partes garanticen sus pretensiones, sin que estas incurran en un proceso más oneroso tanto para las partes como para la administración de justicia

e) Desde una perspectiva cultural, existe en el salvador poco conocimiento y aplicación de la figura del Anticipo de Prueba en el área Civil y Mercantil esto por ser una figura novedosa y que la regulación de la misma en el Proceso Civil y Mercantil no establece un procedimiento determinado; de tal manera que esto exige a los profesionales del derecho una mejor preparación para utilizar adecuadamente esta figura procesal y garantizar el derecho de defensa.

BIBLIOGRAFIA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

LIBROS.

- ASCENCIO MELLANO, JOSE MARIA, “**Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida**”, Edición Trivin, Madrid, España, 1989.-

- CANALES CISCO, OSCAR ANTONIO, “**Derecho Procesal Civil Salvadoreño I, Comentarios al Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil**”, 2da Edición, El Salvador, 2003.-

- DI IORIO, ALFREDO, “**Prueba Anticipada**”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1970.-

- ESCRIBANO MORA, FERNANDO, “**La Prueba en el Proceso Civil**”, 1ra Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2001.-

- KIELMANOVIC, JORGE, “**Teoría de la Prueba y Medios Probatorios**”, 2da Edición, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.-

- MONTERO AROCA, JUAN, "**La Prueba en el Proceso Civil**", Civitas
2da Edición, Madrid, España, 1998.-

LEGISLACION.

- **Constitución de la República de El Salvador**, promulgada por
Decreto N° 38, de 15 de Diciembre de 1983. Diario
oficial N° 234, Tomo 281 del 16 de Diciembre de 1983.-
- **Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador**,
Promulgado por Decreto del 18 de Septiembre de 2008 S/N,
Publicado en el Diario Oficial del 27 de Noviembre de 2008,
San Salvador, El Salvador.-
- **Código de Procedimientos Civiles**, promulgado por Decreto
Ejecutivo del 31 de Diciembre de 1881 S/N, promulgado
en el Diario Oficial del 1 de Enero de 1882, San Salvador,
El Salvador.
- **Código de Procedimientos y de Formulas Judiciales**, dado en
Cojutepeque el 20 de Noviembre de 1857.-
- **Ley de Enjuiciamientos Civiles**, (Ley/2000, de 7 de Enero), España.

DICCIONARIO

- Osorio, Manuel, "**Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**" 1ra Edición Electrónica, DatasaS.A de C.V.

TESIS.

- FUNES ARAUJO, JESUS RAFAEL, "**Actos Previos a la Demanda en el Proceso Civil**", Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, El Salvador, 1970.-

PARTE III

ANEXOS

ANEXO Nº 1. ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS

Proceso de Graduación de Ciencias Jurídicas Año 2011.

“EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL”.

**ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA DIRIGIDA AL
LIC. OSCAR ANTONIO CANALES CISCO.
COLABORADOR DEL CENTRO DE DOCUMENTACION JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SAN SALVADOR**

Objetivos: Recabar información sobre nociones, criterios y conocimientos Prácticos de la figura del Anticipo de Prueba que se encuentra Regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Indicación: esta investigación se realiza con fines académicos, como tesis De proceso de graduación por lo que le solicitamos cordialmente su colaboración contestando esta entrevista.

1. ¿Para Ud. que diferencias existen entre el Anticipo de Prueba regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil (Art.326) y la denominada Prueba para Futura Memoria que se encontraba regulada en el derogado Código Procesal Civil (Art. 162)?
2. ¿Cuáles criterios se deben valorar para la procedencia del Anticipo de Prueba que se encuentra regulada Código Procesal Civil y Mercantil?
3. ¿Según su criterio quien es el titular del derecho de solicitar la práctica del Anticipo de Prueba?

4. ¿Puede el futuro demandado solicitar la práctica del Anticipo de Prueba sin todavía haberse interpuesto una demanda en su contra?
¿En qué casos cabría la posibilidad de esta solicitud?
5. ¿Para Ud. qué Juzgado es competente para conocer sobre el Anticipo de Prueba?
6. ¿Qué garantías conlleva para el titular del derecho el hacer uso del Anticipo de Prueba?
7. ¿Para Ud. qué valor probatorio tiene el Anticipo de Prueba?
8. ¿Con respecto una prueba que se haya practicado mediante el Anticipo de Prueba antes de iniciarse el proceso y que también se haya practicado ésta en Audiencia Probatoria; el juzgador que valor probatorio estimara para cada una de ellas?
9. ¿Con cuales medios de prueba procede la práctica del Anticipo de Prueba?
10. ¿Por qué el Anticipo de Prueba en el caso de la prueba documental sólo procede una vez iniciado el proceso, tal como lo estipula el Art. 327 Inc.2º CPCM? ¿Existirá alguna excepción a esta regla?
11. ¿Cuál es el procedimiento que se debe realizar cuando se ha solicitado la práctica del Anticipo de Prueba?
12. ¿Qué sucede cuando se práctica el Anticipo de Prueba y no se cumple con la interposición de la demanda dentro de los treinta días posteriores a la práctica de ésta?, ¿Caduca o Prescribe el derecho?
13. ¿Qué diferencia existe para Ud. entre el Anticipo de Prueba y Diligencias Preliminares?
14. ¿Qué diferencia existe para Ud. entre el Anticipo de Prueba y el Aseguramiento de Prueba?

ANEXO Nº 2. ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS

Proceso de Graduación de Ciencias Jurídicas Año 2011.

“EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL”.

**ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA DIRIGIDA AL
LIC. NELSON PALACIOS HERNANDEZ.
JUEZ CUARTO DE LO CIVIL MERCANTIL
SAN SALVADOR.**

Objetivos: Recabar información sobre nociones, criterios y conocimientos Prácticos de la figura del Anticipo de Prueba que se encuentra Regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Indicación: esta investigación se realiza con fines académicos, como tesis Deproceso de graduación por lo que le solicitamos Cordialmente su colaboración contestando esta entrevista.

2. ¿Para Ud. que diferencias existen entre el Anticipo de Prueba regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil (Art.326) y la denominada Prueba para Futura Memoria que se encontraba regulada en el derogado Código Procesal Civil (Art. 162)?
3. ¿Cuáles criterios se deben valorar para la procedencia del Anticipo de Prueba que se encuentra regulada Código Procesal Civil y Mercantil?
4. ¿Según su criterio quien es el titular del derecho de solicitar la práctica del Anticipo de Prueba?
5. ¿Puede el futuro demandado solicitar la práctica del Anticipo de Prueba sin todavía haberse interpuesto una demanda en su contra? ¿En qué casos cabría la posibilidad de esta solicitud?
6. ¿Para Ud. qué Juzgado es competente para conocer sobre el Anticipo de Prueba?

7. ¿Qué garantías conlleva para el titular del derecho el hacer uso del Anticipo de Prueba?
8. ¿Para Ud. qué valor probatorio tiene el Anticipo de Prueba?
9. ¿Con respecto una prueba que se haya practicado mediante el Anticipo de Prueba antes de iniciarse el proceso y que también se haya practicado ésta en Audiencia Probatoria; el juzgador que valor probatorio estimara para cada una de ellas?
10. ¿Con cuales medios de prueba procede la práctica del Anticipo de Prueba?
11. ¿Por qué el Anticipo de Prueba en el caso de la prueba documental sólo procede una vez iniciado el proceso, tal como lo estipula el Art. 327 Inc.2º CPCM? ¿Existirá alguna excepción a esta regla?
12. ¿Cuál es el procedimiento que se debe realizar cuando se ha solicitado la práctica del Anticipo de Prueba?
13. ¿Qué sucede cuando se practica el Anticipo de Prueba y no se cumple con la interposición de la demanda dentro de los treinta días posteriores a la práctica de ésta?, ¿Caduca o Prescribe el derecho?
14. ¿Qué diferencia existe para Ud. entre el Anticipo de Prueba y Diligencias Preliminares?
15. ¿Qué diferencia existe para Ud. entre el Anticipo de Prueba y el Aseguramiento de Prueba?