

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS



LA EFICACIA DEL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y
MERCANTIL EN EL SALVADOR

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTADO POR:

BELTRAN PEREZ, DAVID ERNESTO
GUCH MAJANO, EDWIN MERARI
VILLACORTA RIVAS, ANDERSON ALBERTO

DOCENTE ASESOR:

DR. JOSE ANTONIO MARTINEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE DE 2019

TRIBUNAL CALIFICADOR

LIC. José Reinerio Carranza.

PRESIDENTE

MSC. Wilmer Humberto Marín Sánchez.

SECRETARIO

DR. José Antonio Martínez.

VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga López
VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Alarcón
SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
SECRETARIA

Msc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Msc. Diana del Carmen Merino de Sorto
DIRECTORA GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

Msc. María Magdalena Morales
**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS.**

ÍNDICE

	pág.
RESUMEN	i
SIGLAS	ii
ABREVIATURAS	ii
INTRODUCCIÓN	iii

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES DEL ANTICIPO DE PRUEBA

1. Antecedentes históricos de la eficacia del anticipo de prueba.....	1
1.1 Derecho Romano.....	1
1.1.1 Derecho Germano	2
1.1.2 Derecho Español.....	3
1.1.3 Derecho Indiano.....	4
1.1.4 Grecia.....	5
1.2 Evolución del Anticipo de Prueba en El Salvador.....	6
1.3 Características del Anticipo de Prueba.....	7
1.4 Principios Procesales que rigen el Anticipo de Prueba.....	10
1.4.1 Necesidad de la prueba.....	11
1.4.2 Comunidad de la prueba.....	12
1.4.3 Publicidad de la prueba.....	12
1.4.4 Prohibición del Juez de aplicar el conocimiento privado..	12
1.4.5 Contradicción de la prueba.....	12
1.5 Naturaleza Jurídica del Anticipo de Prueba.....	13
1.6 Objeto del Anticipo de Prueba.....	19
1.7 Competencia Procesal del Anticipo de Prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil.....	21

CAPÍTULO II
EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL
CIVIL Y MERCANTIL

2. Concepto de Anticipo de Prueba.....	27
2.1 Sujetos que intervienen en el Anticipo de Prueba.....	29
2.2 La prueba aplicable en materia Mercantil.....	31
2.2.1 Evolución de la prueba en materia Mercantil.....	36
2.2.2 La importancia del Derecho probatorio para el Derecho Mercantil.....	38
2.2.3 Medios probatorios regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil.....	40
2.2.4 Fin de la prueba en el derecho mercantil.....	45
2.3 La prueba aplicable en materia Civil.....	46
2.4 Diferencias entre la prueba Mercantil y la prueba Civil.....	50
2.5 La prueba que no procede a la diligencia.....	52
2.6 Requisitos de la solicitud de Anticipo de Prueba.....	56
2.7 La sana crítica en la valoración de la Prueba.....	61
2.7.1 La sana crítica según la doctrina.....	61
2.7.2 La sana crítica según la jurisprudencia.....	64

CAPÍTULO III
EFFECTOS PROCESALES DEL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL
PROCESO CIVIL Y MERCANTIL

3. Efectos procesales del anticipo de prueba.....	67
3.1 Efecto del Anticipo de Prueba antes de incoada la demanda.....	71
3.2 Ventajas de la práctica del Anticipo de Prueba.....	74
3.3 Efectos negativos del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil.....	79

3.4 Efectos negativos del Anticipo de Prueba para las partes	
Procesales.....	82
CONCLUSIONES.....	84
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	86

RESUMEN

El presente trabajo se titula “La eficacia del Anticipo de Prueba en El Proceso Civil y Mercantil en El Salvador” En la Legislación Salvadoreña el anticipo de prueba tiene su precedente en el Código de Procedimientos Civiles en donde se le denominaba Prueba para futura memoria evolucionando al actualizado Código Procesal Civil y Mercantil como anticipo de Prueba regulando aspectos que antes no estaban regulados como su procedencia y las pruebas que pueden anticiparse adhiriendo de igual forma características especiales que se aplica a la figura de anticipo de prueba que son esenciales, como la taxatividad y la excepcionalidad entre otros, de igual forma recoge principios esenciales como la necesidad de la prueba, comunidad de la prueba, contradicción de la prueba entre otros, siendo la naturaleza jurídica previo o preceptivo dentro del proceso, en cuanto al objeto del anticipo de la prueba recae sobre los medios de prueba, ya que son estos los que se encuentran en inminente peligro de extinción parcial o total. Es por tal motivo que se dan a conocer definiciones según autores sobre lo que es el anticipo de prueba como tal por profesionales del Derecho que si bien es cierto para uno de ellos tienen diferentes enfoques pero orientados a la misma finalidad. Es importante destacar las partes que intervienen en la práctica del anticipo de prueba, y además se explica la prueba que aplica en materia mercantil. No obstante, sin dejar atrás los requisitos del anticipo de prueba que se hacen constar mediante principios y fundamentación jurídica. Por consiguiente se concluye con los efectos procesales del anticipo de prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil los efectos que la diligencia puede presentar al momento de realizarse, como también los efectos para las partes como tal incurridas en el anticipo pueden generar, de estas surgen ventajas y desventajas para las mismas como también efectos negativos en las cuales se ven íntimamente relacionadas.

SIGLAS

CNJ.....	Consejo Nacional de la Judicatura
DL.....	Decreto Legislativo
DO.....	Diario Oficial

ABREVIATURAS

Art.....	Artículo
Arts.....	Artículos
CC.....	Código Civil
C.n.....	Constitución de la República de El Salvador
C.pr.C y M.....	Código Procesal Civil y Mercantil
Ed.....	Edición
Inc.....	Inciso
Op.cit.....	Obra citada
Pág.....	Página
Págs.....	Páginas
Pp.....	Páginas

INTRODUCCION

El presente documento contiene la investigación bibliográfica que desarrolla el tema pertinente, La eficacia del anticipo de prueba en el Proceso Civil y Mercantil en El Salvador. Está compuesta por tres capítulos propios pertinentes los cuales están relacionados entre sí, el primero haciendo mención de lo que es las “nociones generales del anticipo de prueba” en el cual consta de como surgieron sus orígenes citando diferentes países en general de lo cual cabe destacar que se encontraban jurídicamente más fundamentados y avanzados que El Salvador en dicha época. Asimismo en el capítulo dos de lo que es como tema principal y desarrollar propiamente en ese capitulado en particular “el anticipo de prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil” destacando lo que es sujetos, materias de derecho pertinentes y aplicables al código así también lo pertinente a la prueba dentro de la práctica del anticipo de prueba; dejando en su capitulado tercero los “efectos del anticipo de prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil” que consta de ventajas , irregularidades y otras circunstancias que ocurren o pueden ocurrir cuando es aplicable esta diligencia. Cabe destacar, en el primer capítulo del presente documento, la importancia de aperturar una investigación retomando las nociones generales del tema que se ha tratado. En los “antecedentes históricos del anticipo de prueba” siendo el primero y retomando la época antigua en países de gran trascendencia como Roma, en donde se admitió todo tipo de prueba valorada por medio del sistema de la prueba tazada. Alemania con las asambleas quienes eran titulares de la jurisdicción, España con el antecedente de la plena prueba en el caso de la prueba testimonial con el testimonio de dos testigos. Entre otros.

En cuanto a la evolución del anticipo de prueba en El Salvador podemos destacar que el proceso civil y mercantil ha sufrido ciertos cambios en su estructura, tal es el caso del anticipo de prueba denominada en el derogado

código de procedimientos civiles como prueba para futura memoria, diferenciando en muy poco de la actual denominada anticipo de prueba en el código procesal civil y mercantil, tal es el caso de 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 y que apenas contaba con unos cuantos artículos mientras que en el actual código se le ha designado un capítulo propio.

En el tema de las características del anticipo de prueba nombraremos algunas relevantes tal es el caso de la taxativa ya que esta previamente establecido en el código procesal civil y mercantil. Excepcional ya que no es una formal común de proceder al medio de prueba tiene que existir un factor de riesgo de pérdida parcial o total del medio probatorio. Temporalidad, la anticipación probatoria procede siempre y cuando exista un proceso pendiente. En relación a los principios procesales que rigen el anticipo de prueba, cabe destacar que se entiende por principios procesales a aquellas reglas mínimas a las que debe sujetarse un proceso judicial para obtener un debido proceso. Lo anterior significa que los principios procesales se desprenden de los derechos fundamentales. Tal es el caso de la necesidad de probar, para que se llegue a expedir la decisión judicial. Publicidad de la prueba, las partes deben tener conocimiento del ofrecimiento de la prueba. Prohibición del juez de aplicar el conocimiento privado, está vedado que el juez supla las pruebas con el conocimiento privado.

En cuanto a la naturaleza del anticipo de prueba cabe destacar que es cautelar aclarando que no por eso se trata de una medida cautelar ya que estas solo pretenden asegurar el ofrecimiento de la prueba. Observándolo desde el punto de vista que lo que se busca es que se valore el resultado de

una producción anticipada de prueba. Ya que obedece a ciertas circunstancias anormales que pueden darse en el transcurso de proceso las cuales deberán practicarse de manera inmediata por temor a pérdida total o parcial del medio probatorio. En relación al objeto del anticipo de prueba se puede establecer que recae sobre los medios de prueba dado que son estos los que se encuentran en situaciones o estados en los cuales no se ve posibilitada su producción por el estado de las personas o de las cosas. El objeto del anticipo de prueba consiste en que las partes puedan obtener la práctica de un medio de prueba. En cuanto a la competencia procesal del anticipo de prueba en el código procesal civil y mercantil cabe destacar que el juez competente para practicar el anticipo de prueba es o deberá realizarlo es el competente para conocer del futuro proceso esto cuando aún no se hubiere iniciado el proceso. Deberá conocer el juez competente para conocer del proceso principal. En la investigación en el capítulo segundo se da a conocer el anticipo de prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil tal así que se da definiciones según autores sobre lo que es el anticipo de prueba como tal ya por profesionales del Derecho que si bien es cierto para unos de ellos tienen diferentes enfoques pero orientados a la misma finalidad en el cual se puntualiza en el apartado correspondiente de tal modo que especifica lo que es para la investigación lo que es un anticipo de prueba. Asimismo las partes que intervienen en la práctica del anticipo de prueba es decir los sujetos que intervienen cuando la diligencia es solicitada quienes están presentes así mismo dando una definición de la misma de cada sujeto que interviene así desarrollado en la presente investigación.

Así, también, siguiendo con el capítulo dos se explica la prueba que aplica en materia mercantil la cual es de diferente rama del Derecho pero por no haber una aplicabilidad propia del Derecho se remonta a lo que es la subsidiariedad en el Derecho Civil y aplicable lo que es El Código Procesal Civil y Mercantil en el cual se hace una reseña histórica de lo que es la prueba propiamente

del Derecho mercantil así como la postura de los autores de la prueba que a su manera ver aplica al Derecho mercantil conceptualizando todo bajo las reglas de Derecho así observando en el Código los medios probatorios que establece el en el Art 330 CPCM y viéndolo desde el punto de vista de la doctrina entre otras circunstancias que se desarrollan en este apartado. También a diferencia de la prueba aplicable en el Derecho Mercantil, la hay en el derecho Civil diferenciándose del Derecho Mercantil que tiene aplicabilidad procesal propia aplicando lo que es el derecho común y no es una rama del Derecho que busca la subsidiariedad existe diferencias con el Derecho Mercantil que también es desarrollado y puntualizado en la investigación por la cual es necesario hacerlo saber, ya que da lo que es un sentido propio a la rama del Derecho a la cual se está aplicando la prueba en particular.

En los apartados del capitulado dos del tema investigado se menciona y se desarrolla la prueba no procedente a la diligencia es decir a la práctica del anticipo de prueba que con relación al apartado la valoración de la sana crítica el juez determinara si la licitud y la prueba es pertinente y si no lo fuera determinara y hará constar según los preceptos establecidos en el Código como referencia el art 316 CPCM y otros que se establecen para dar pertinencia a lo que es la prueba como tal. No obstante, sin dejar lo que los requisitos del anticipo de prueba que se hacen constar mediante principios y fundamentación jurídica que si bien es cierto no están establecidos en el Código, pero se hacen establecer de distintas maneras en la práctica fundamentadas en derecho y dando fuerza jurídica para que esta sea admitida. El capítulo tres del tema la eficacia del anticipo de prueba en el Proceso Civil y Mercantil desarrolla una serie contenidos esenciales y propios del mismo ya determinado en lo que es el proceso en sí, dado por ello que lleva por enunciado los efectos del anticipo de prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil comenzando por desarrollar los efectos procesales del

anticipo de prueba en general es decir que efectos generales resulta de la práctica de dicha diligencia ya que si bien es cierto trata de asegurar la prueba y obtenerla sobre cualquier riesgo que caiga sobre ella pero también existen otros efectos los cuales se desarrollan en este apartado siguiendo consecuentemente con lo que es un apartado que deriva de situaciones que puedan producirse sobre la realización de la diligencia la cual puede presentar anormalidades o surgir un suceso en el cual la diligencia no pueda realizarse en el momento oportuno que se determinó entre otras circunstancias. Por tanto, no se puede dejar a un lado las ventajas que se obtienen al practicar la diligencia es decir se habla de ventajas del anticipo de prueba que así ciertos autores determinan criterios los cuales dan una celeridad al proceso por medio de sus aportes jurídicos en los cuales se podrán observar a lo largo del desarrollo de la investigación en especial cuando se determine en este tema específico. Como seguimiento se enfoca en establecer los efectos negativos de la práctica del anticipo de prueba meramente en lo que es el Proceso Civil y Mercantil lo cual hay ventajas como se mencionó pero también traería a destacar si existe algún efecto que pueda afectar el proceso en sí y como desarrollo final del capítulo lo que es los efectos negativos para las partes procesales ya que anteriormente se mencionó en el proceso en sí, pero que consecuencia jurídica traería para alguno de los sujetos que intervienen y cómo puede afectar la diligencia en alguna de sus pretensiones o en lo que el sujeto interesado desea.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES DEL ANTICIPO DE PRUEBA

Este capítulo se desarrolla con el propósito de identificar la evolución histórica de la prueba dentro del derecho procesal Civil y Mercantil, a través del tiempo, retomando generalidades y antecedentes que ha estado presente en las diversas épocas del desarrollo de la humanidad, pero que en la actualidad sigue evolucionando en nuestra sociedad Salvadoreña.

1. Antecedentes históricos del Anticipo de Prueba

En un breve análisis de la evolución de la prueba dentro del derecho procesal; comenzaremos estableciendo que la prueba tiene un antecedente importante en la antigua Roma, ya que fue donde se originó la prueba pericial, Al igual que en el derecho Germano en donde las DING eran las titulares de la jurisdicción, luego en España estableciendo que dos testigos hacen plena prueba, como referencia en el derecho Indiano cabe destacar que como medio de prueba no se admitían testigos de dudosa referencia, haciendo referencia en Grecia cabe destacar que fue donde se originó la prueba.

1.1 Derecho Romano

“En la antigua Roma cabe destacar que se admitió todo tipo de prueba, estas eran valoradas mediante el sistema de la prueba tazada” .En cuanto a la “declaración de testigos esta clase de prueba era la más común en el antiguo

Derecho Romano”¹. “En el sistema de la legislaciones se admitía la prueba documental”²“como era el *codex rationum mensae* o *argentariae*, estos eran libros de muchas páginas, que se llevaban con mucha diligencia y en orden cronológico, en los cuales se anotaban las entradas y salidas de la economía”.³

“En el Derecho Romano se originó la prueba pericial en el periodo del Proceso extraordinario”⁴, por lo que comenzó a verse la conveniencia de la intervención de terceros ajenos al proceso como los peritos, y el reconocimiento judicial o la inspección realizada por el juez.

1.1.1 Derecho Germano

El Derecho Germano, existían asambleas denominadas “Ding”, en estas asambleas los miembros libres del pueblo; las Ding eran las titulares de la jurisdicción, es decir que tenían el poder del Estado para poder decidir las controversias que se le plantearan, mientras que el Juez aparecía como un investigador del derecho, su función era la de un director general en los debates.

“La prueba documental que en el proceso de formularios en el Derecho Romano era frecuentemente utilizada en el comercio y en los procedimientos

¹ Irma Marisol Hernández García, Wendy Raquel Puente Echegoyén y Adriana María Sandoval Gámez, “El anticipo de prueba y su eficacia en el proceso civil”, (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2011), 26.

² Álvaro D'ors, *Elementos de derecho privado romano*, (Editorial Eunsa, España: 1992), 32.

³ También llamados el libro contable del acreedor (*Codex rationum*) y en el libro de ingresos y gastos, (*codees acceti et expensi*). Se utilizaron como herramienta para evaluar la gestión de los negocios por los "factores" frente a los propietarios agrícolas que solían residir en las ciudades.

⁴ Jorge Kielmanovich, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, 4ª ed. (Editorial Rubinzal-Culzoni, España: 2010), 554.

Judiciales cayó en desuso en el Proceso Germano”.⁵

“El demandado era quien tenía que probar que el actor no tenía la razón. No existe separación entre el proceso civil y el penal. Se desarrollaba como una lucha entre el demandante y el demandado, al cual aquel atribuía la comisión de una injuria o ilícito (Unrecht), más que alegar un derecho”.⁶

1.1.2 Derecho Español

“En España, la recepción del Derecho operaba en la baja Edad Media, especialmente en la tercera partida de Alfonso el Sabio, del año 1263, empero sin duda el Fuero del Juzgo, Líber Judictorum, del año 654, caído en desuso durante la dominación Árabe”.⁷

Luego, de la dominación Árabe, exactamente en el siglo XIII, se produjo el movimiento de compilaciones generales, de las cuales se cita: Las Siete Partidas de Alfonso X de 1265, el Ordenamiento de Alcalá de 1348, Ordenamiento Real (1485), en la época de Felipe II se aprobó la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805; “En esta ley se observaba en sus bases el proceso común que sirvió a su vez a nuevos códigos procesales”.⁸

“La prueba Testimonial en la partida III que señalaba que dos testigos hacen plena prueba y en caso de que ambas partes presentaran igual número de testigos prevalecería los de mejor fama; la prueba documental se incorporó para los testamentos, las convenciones y los hechos en general alegados en

⁵ *Ibíd.*, 359.

⁶ Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso* (Editorial Temis, Colombia: 2006), 25.

⁷ Enrique Manuel Falcón, *Procesos de conocimientos*, (Editorial Rubinzal Culzoni, España: 2000), 29.

⁸ *Ibíd.*, 36.

el juicio, clasificaba los documentos en públicos el cual era el otorgado ante escribano público y testigos; auténticos el que se hacía, firmaba y sellaba por el Rey, Los obispos o concejos”.⁹

1.1.3 Derecho Indiano

La organización judicial Indiana entendía en primera instancia los juicios civiles y criminales del fuero común; “las normas destinadas al trámite judicial se imponían conforme a los antecedentes Españoles y así es como en el proceso ordinario, los trámites y la rutina fueron los rasgos quizás más destacados del sistema”¹⁰. Algunos otros juicios se hacían sumarialmente y a verdad sabida. En general la celeridad, no obstante, estas excepciones no fue una característica del proceso Indiano.

Algunas causas se aceleraban y no tenían tanta complicación (fue el caso de los Alcaldes de Hermandad, que juzgaban los delitos y pleitos de poca entidad, en las campañas donde la sentencia se debe de dictar en forma simple y de plano sin estrepito ni figura jurídica. “Algunos otros juicios se hacían sumarialmente y a verdad sabida”).¹¹

Las leyes de procedimiento aspiraban a rodear de garantías tales como: la de juicio previo, de la defensa libre y de la propiedad, “esto con el fin de evitar que nadie fuera desposeído de sus bienes sin tener oportunidad de defenderse, que todos fueran juzgados por un tribunal competente”¹², En el

⁹ Kielmanovich, *Teoría de la prueba*, 186.

¹⁰ Falcón, *Procesos de conocimientos*, 31.

¹¹ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 26ª ed., t. 8 (editorial Heliasta, Argentina: 1993), 345. Locución que induce a resolver los casos y los pleitos sin atenerse a las formalidades del Derecho, sino inspirándose en la equidad y buena fe, lo cual es un método para mi obsoleto por ser una justicia sin derecho.

¹² Falcón, *Procesos de conocimientos*, 32.

orden canónico Indiano, interesa destacar que el III Concilio Provincial de México, reunido en el año 1585, dispuso que “de ninguna manera se admita por testigo a los infieles”¹³. Tanto el sistema de la sana crítica como el sistema de tarifa legal, esto resalta la importancia de dicha prueba en la actividad probatoria.

1.1.4 Grecia

“La prueba tiene sus orígenes en Grecia, quienes concebían a la prueba desde dos puntos de vista, el primero de ellos desde la práctica puramente jurídica y el segundo de ellos la búsqueda de la verdad de una manera filosófica”¹⁴. Desde la Grecia Antigua se pueden ver nociones de la prueba, específicamente en la *Ilíada* de Homero donde se hace alusión a la confesión la cual ocurre de la siguiente manera: “En una disputa entre Antiloco y Menelao quienes acaban de finalizar una carrera de caballos.

En la cual Antiloco comete una irregularidad (una falta) y llega en primer lugar; al momento en que el jurado lo proclamara vencedor, Menelao hace una protesta acusando a Antiloco de haber hecho trampa, a lo que el acusado se defiende de la siguiente manera: yo no cometí trampa, entonces Menelao lanza un desafío, pon tu mano sobre la cabeza de tu caballo, sujeta con la mano izquierda su fusta y jura ante Zeus que no cometiste trampa. Antiloco no acepta el desafío y reconoce que ha cometido irregularidad”¹⁵.

El proceso en Grecia, “se apreciaba un sistema regulador del proceso propiamente dicho, que corresponde a un grado avanzado de cultura y en el

¹³ Abelardo Levaggi, *Historia de la prueba en el proceso civil indiano y argentino*, (ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina: 1974), 40.

¹⁴ Mónica Alejandra Gómez Nolasco y Ciro Josué Vázquez Alvarado, “El anticipo de prueba y su eficacia en el proceso civil”(Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2010), 56.

¹⁵ Falcón, *Procesos de conocimientos*, 38.

que puede observarse la democratización y publicidad en la administración de la justicia Griega”.¹⁶Las principales características del proceso Griego, tanto penal como civil, “era de ser de carácter público y oral.”¹⁷

1.2 Evolución del Anticipo de Prueba en El Salvador

“Como precedente 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”.¹⁸ 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

¹⁶ Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal civil*, 6ª ed. (Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia: 1997), 85-86.

¹⁷ Ricardo Levene, *Manual de derecho procesal penal*, 3ªed. (Editorial Plus Ultra, Argentina: 1975), 31.

¹⁸ Código de Procedimientos Civiles (El Salvador, Poder Ejecutivo, 1881).

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

Ahora con la vigencia 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 CPCM¹⁹. 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.

Por la situación de las personas o 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, como documental, testimonial, pericial, reconocimiento judicial, entre otros.”²⁰

1.3 Características del Anticipo de Prueba

En las características que podemos mencionar y que distinguen el Anticipo de Prueba podemos mencionar las siguientes:

A) Taxativa: El mismo Código Procesal Civil y Mercantil “ establece que tipos de prueba pueden anticiparse, es decir que si ya se encuentra una numeración debe interpretarse que los supuestos no enumerados

¹⁹ Código Procesal Civil y Mercantil (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2008).

²⁰ Gámez, “El anticipo de prueba”, 29.

han quedado excluidos”²¹, en nuestro caso el Artículo que literalmente establece: “Sera admisible el anticipo de prueba respecto de cualquier medio de los que este código prevé.

Tratándose de instrumentos públicos o privados, el anticipo de prueba procede cuando, habiéndose iniciado el proceso donde se anunciaron y al que se pretende su incorporación, no haya llegado aún la etapa procesal probatoria y se tema en ello por la destrucción u ocultación de los mismos”.

B) “Excepcional: Mientras se tome en cuenta un criterio cuantitativo, es decir por ejemplo que lo normal en un proceso es que la prueba se produzca en la etapa probatoria, pueden haber casos “excepcionales”, ya sea por motivo o circunstancia de las cosas o personas se pueda producir la prueba anticipada, dichos motivos están regulados en el artículo 326 inciso primero del CPCyM que al tenor dice “Por la imposibilidad de reproducción de los hechos en Audiencia Probatoria, sea por la situación de las personas o el estado de las cosas”.²²

Es necesario establecer que no solo por la situación de las personas o estado de las cosas se pueda realizar un anticipo de prueba, se debe valorar que no existen otros medios de prueba que puedan ser útiles y pertinentes para probar los hechos; ello con el fin de evitar que el anticipo de prueba se vuelva una regla general y conservar así su excepcionalidad

²¹ Augusto Mario Morello, *La prueba, tendencias modernas* (editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 2007), 12-13.

²² Gámez, “El anticipo de prueba”, 85.

C) Anticipación: Se refiere al momento en que se solicita la producción de un medio probatorio, es decir antes del momento procesal oportuno que el legislador estableció para la producción de la prueba. En el artículo 326 del CPCyM se establecen los momentos en que se puede solicitar un anticipo de prueba los cuales son: “ antes de iniciar el proceso y ya iniciado, antes de la Audiencia Probatoria”.²³

D) Restrictividad: Esta característica se refiere a que la prueba anticipada no debe de ser permitida más allá de lo estrictamente necesario, porque, de otro modo podrían o pueden quedar comprometidos los principios de igualdad y lealtad al procurarse una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio. “Por la cual la regla es que proceda de rechazar el pedido de producción de prueba anticipada.

Si no se han suministrado razones fundadas. Que hagan razonables que esa prueba no pueda ser producida en la instancia oportuna”²⁴; como por ejemplo: no alcanza esa trascendencia la eventual disolución de una sociedad, dado que esta circunstancia no constituye un obstáculo para que subsistan documentos necesarios para la realización de un peritaje.

E) Judicialidad o jurisdiccionalidad: Las figuras aquí analizadas deben ser solicitadas y tramitadas ante el órgano jurisdiccional correspondiente para que desplieguen su eficacia, sin que quepa, en consecuencia, acudir a otras vías como la pre constitución de la prueba o la jurisdicción voluntaria.” Es

²³ Álvaro Paul Díaz, *La prueba anticipada en el proceso civil* (Editorial Lexis Nexis, Chile: 2006), 18.

²⁴ Enrique Manuel Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial. Avatares de la demanda, oposición y prueba*, t. 2(Editorial Rubinzal-Culzoni, España: 2006), 862-863.

casi innecesario aludir a este carácter pues dimana de la misma potestad jurisdiccional”²⁵

Que entre otras atribuciones “comporta el control y la dirección del procedimiento [probatorio] con escrupuloso respeto del debido proceso”. Por tanto, aplicando analógicamente en relación con las medidas cautelares, podemos afirmar que el procedimiento probatorio es una “labor propia, exclusiva y excluyente del personal jurisdiccional”²⁶.

F) Temporalidad: La anticipación y el aseguramiento pueden solicitarse y adoptarse estando pendiente un proceso principal e incluso con anterioridad a éste, quedando en este último supuesto condicionada su eficacia a la iniciación del procedimiento judicial, “operando la no incoación del proceso dentro de cierto plazo como condición resolutoria”.²⁷

1.4 Principios Procesales que rigen el Anticipo de Prueba

“Los principios procesales son; aquellas reglas mínimas a las que debe sujetarse un proceso judicial para ser debido proceso”. “Estas reglas mínimas aseguran el derecho de defensa de las partes”.²⁸“Por su parte el procesalista, sostiene que los principios Procesales rigen la forma de la actuación procesal, determinan la índole de relación entre las partes y el órgano jurisdiccional, aquellos entre sí, y todos los sujetos procesales con la

²⁵ Consejo General del Poder Judicial “Las medidas cautelares y los recursos”, interpretado por José Francisco Valls Gombau (Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid: 2000), 45.

²⁶ José Garberí Llobregat, José María Torres Fernández de Sevilla y Luís Casero Linares, *Las medidas cautelares en la ley de enjuiciamiento civil*, (Editorial Aranzadi, España: 2012), 74.

²⁷ Manuel Ortells Ramos, *Las medidas cautelares* (Editorial La Ley, Madrid: 2010), 39.

²⁸ Roland Arazí, *La prueba en el proceso civil, teoría y práctica* (Editorial La Roca, Argentina: 2001), 33.

sociedad e informan la sucesión temporal de los actos procesales, entre ellos los relativos a la forma de los actos procesales”.²⁹

Los principios del proceso mercantil, deben ser analizados, más que desde una simple perspectiva que informan a una legislación secundaria; debido a que dichos principios deben ser expuestos e incorporados a la misma, bajo la premisa de la normativa constitucional. Lo anterior, significa que los principios procesales se desprenden de los derechos fundamentales, como garantías mínimas de carácter procesal que pueden ser exigidas por los habitantes de la república, y deben ser respetadas y cumplidas por la autoridad jurisdiccional.

“Por ello, se afirma que los principios inspiradores del proceso civil y Mercantil han de deducirse y apreciarse hoy en día desde la óptica de la regulación constitucional”.³⁰ 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, como son:

1.4.1 Necesidad de la prueba

“Para que se llegue a expedir la decisión judicial, se requiere que sea demostrada por las pruebas aportadas por las partes, o de manera facultativa por el juez”.³¹

²⁹ Vicente Gimeno Sendra, *Derecho procesal civil* (Editorial Colex, Madrid, España: 2005) ,34.

³⁰ Pilar León Tirado, “Principios del proceso en la ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000”, *Revista Actualidad Civil*, n. 3 (2001):813.

³¹ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 4ª ed. (Editorial Temis, Colombia: 2006), 186.

1.4.2 Comunidad de la prueba

“También, se le conoce como principio de adquisición de las pruebas. Una vez admitido el medio probatorio ofrecido por las partes, ésta pertenece al proceso, no siendo posible el desistimiento, ni la renuncia de la prueba actuada, pues los medios probatorios pasan a ser de la comunidad de las partes”³².

1.4.3 Publicidad de la prueba

“Las partes deben tener conocimiento del ofrecimiento de las pruebas, con el objeto de objetarlas, si fuera el caso. También, en otro sentido, se considera que este principio sustenta la motivación de la sentencia, pues los justiciables requieren conocer cómo se han valorado los medios probatorios”.³³

1.4.4 Prohibición del Juez de aplicar el conocimiento privado

“Está vedado que el juez supla las pruebas con el conocimiento privado, personal o circunstancial que tenga de los hechos”³⁴.

1.4.5 Contradicción de la prueba

“Es la aplicación del principio procesal de la contradicción. Cada parte tiene La oportunidad de conocer y discutir las pruebas ofrecidas de la

³² Rodrigo Morales Rivera, *Las pruebas en el derecho venezolano*, 4ª ed. (Editorial Jurídicas Rincón, Venezuela: 2006), 92.

³³ Artículo 9 del CPCM. Principio de publicidad: consiste en que no puede haber pruebas ocultas, sino que deben ser conocidas por las partes. La publicidad y la contradicción de la prueba corresponden a principios esenciales que no pueden ignorarse por la ley procesal, sin afectar el derecho de defensa de las partes.

³⁴ Echandía, *Teoría general de la prueba*, 108.

Contraparte”³⁵.

1.5 Naturaleza Jurídica del Anticipo de Prueba

“Considerando 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 desarrollo del proceso o previo al mismo, 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”³⁶en otras se entiende 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”³⁷

“De lo anterior citado, se considera que esta naturaleza viene dada desde el punto de vista de que lo que se busca es que se valore el

³⁵ Artículo 4 del CPCM. Principio de contradicción: la excepción a la regla se da cuando expresamente los disponga la ley en la cual podrán adoptarse decisiones sin oír previamente a una de las partes.

³⁶ Oscar Alejandro Flores Benítez, Lisandro Manuel Membreño Membreño y German Guadalupe Vásquez Meza “El anticipo de prueba en el código procesal civil y mercantil” (tesis de grado, Universidad de El Salvador. 2011), 44.

³⁷ *Ibíd.*, 45.

resultado de una producción anticipada de prueba. Debemos aclarar que no por ello el Anticipo de Prueba consiste en una medida cautelar; ya que estas pretenden asegurar el cumplimiento y efectividad de una eventual sentencia estimatoria”³⁸ .

Requisitos Según la Doctrina: En doctrina se mencionan algunos 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 intermediación judicial y el derecho de defensa.

“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”³⁹.

“Previsibilidad, este requisito 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

³⁸ No es una medida cautelar el anticipo, es de carácter preparatorio ya que se dedica a obtener pruebas antes del proceso en caso de que esta se encuentre el riesgo.

³⁹ Alfredo Jorge Di Iorio, *Prueba anticipada* (Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina: 1970), 34.

Futuro”⁴⁰.

La necesaria inmediación judicial, este 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.

La inmediación judicial o principio de inmediación 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.

“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”⁴¹

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

⁴⁰ Fernando Escribano Mora, *La prueba en el proceso civil*, (Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador: 2001), 76.

⁴¹ Kielmanovich, *Teoría de la prueba*, 172.

probatorio ordinario; es decir, con citación de la parte contraria y con la posibilidad de intervenir en su diligenciamiento.

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

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”⁴², tales como son: 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 las pruebas 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”⁴³.

Que la prueba sea pertinente: “El Art. 318 CPCM, sanciona en negativo, diciendo que no debe admitirse ninguna prueba que no guarde relación

⁴² Mora, *La prueba en el proceso*, 81.

⁴³ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

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”⁴⁴

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”⁴⁵. 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 que se suscitan dentro de un proceso.

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 pérdida de un medio de prueba, y la imposibilidad de reproducción de los hechos en audiencia probatoria.

Requisitos de forma son: que aún no haya iniciado el proceso o que aún 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

⁴⁴ Meza “El anticipo de prueba”, 48.

⁴⁵ El Código Procesal Civil y Mercantil da entender que toda prueba que carezca de esencia propia y no sea útil al proceso no es aceptable a los hechos controvertidos sobre la cuestión planteada por las partes o por el solicitante tiene que ser acorde a lo que se quiere probar.

fuente de prueba. Hay que interpretar la mención legal a la pérdida del derecho correctamente”⁴⁶.

“El riesgo que hay que valorar no es la pérdida del derecho sino la legítima pérdida 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 ante el juez la circunstancia que expresa”⁴⁷.

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 en el 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 expuesto se afirma, 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

⁴⁶ Meza “El anticipo de prueba”, 44.

⁴⁷ Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed. (Editorial Civitas, Madrid, España: 1998), 116.

ser lícita art. 316 CPCM⁴⁸, útil art. 319 CPCM y pertinente art. 318 CPCM⁴⁹, lo que deberá motivarse ante el Juez”.

1.6 Objeto del Anticipo de Prueba

“El objeto del anticipo de prueba recae sobre los medios de prueba, dado que son estos los que se encuentran en situaciones o estados en los cuales no se vea posibilitada su producción en la Audiencia Probatoria” (ya sea por el estado en que se encuentren las cosas o por la situación de las personas, tal y como lo establece el artículo 326 CPCyM).⁵⁰

En el 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 oportuno. 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;

Teniendo en que la prueba es la esencia del proceso y sirve para el convencimiento de éste sobre un hecho o un suceso, y así pueda juzgar conforme a derecho y lo más justamente ante lo planteado por las partes, previamente haber sido probado fehacientemente por estas, ya

⁴⁸ Las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos constitucionales no serán apreciadas por el juez al fallar, y en este caso deberán expresar en qué consiste la violación.

⁴⁹ No deberá admitirse ninguna prueba que no guarde relación con el objeto de la misma.

⁵⁰ Es decir que con el anticipo de prueba se intenta proteger el medio probatorio (y en algunos casos también se protege la fuente de dicho medio) que tenga peligro de no poder producirse dentro de su etapa procesal oportuna.

que la actividad probatoria es una actividad dirigida a despejar la incógnita sobre los hechos controvertidos dentro del proceso.⁵¹

“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 Pruebaart. 312 CPCM⁵².

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.

⁵¹ Mora, *La prueba en el proceso*, 81.

⁵² Esta figura surge del derecho de probar en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta.

1.7 Competencia Procesal del Anticipo de Prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil

“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.”

“Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un Juez. La relación entre la jurisdicción y la competencia, es la relación que existe entre el todo y la parte.”⁵³

“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”.⁵⁴

“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”⁵⁵, esto cuando aún no se hubiere iniciado el proceso y se práctica la prueba por circunstancia del temor de pérdida de un medio de

⁵³ Salvador Varela Coto, “Jurisdicción y competencia” (tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 1983), 5.

⁵⁴ Gámez, “El anticipo de prueba”, 66.

⁵⁵ La regla general es que el juez que conocerá será quien debiera conocer el futuro proceso ya que goza de lógica por estar previamente establecido en las reglas de competencia.

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 prueba⁵⁶.

“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”⁵⁷, 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.

⁵⁶ El Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador establece que el juez deberá presidir personalmente la celebración de la audiencia como la práctica de los medios probatorios, rasgo de vital importancia ya que es el juez el director del proceso siempre y cuando sea competente para conocer dicho asunto.

⁵⁷ Gámez, “El anticipo de prueba”, 77.

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 CPCM⁵⁸.

“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”⁵⁹ 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.

Modo de procedencia 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 o 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 CPCM⁶⁰

⁵⁸ Si se solicitare el reconocimiento judicial pero el objeto del reconocimiento se encuentra fuera del territorio del juez competente, entonces se delegara 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 artículo 393 inc. 2 del CPCM.

⁵⁹ Coto, “Jurisdicción y competencia”, 17.

⁶⁰ Cualquiera de las partes que pretenda realizar un anticipo de prueba deberá justificar el riesgo de pérdida total o parcial del medio probatorio. Y será el juez quien tendrá que evaluar la petición para admitirla o rechazarla con lo cual estoy en total de acuerdo ya que es este el director del proceso.

Exige que además de precisarse los hechos que justifican la petición, se designe la persona y generales a quien se pretenda demandar”.⁶¹Dicha solicitud deberá presentarse ante un juez que sea competente para conocer del proceso futuro o 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”⁶².

Una vez presentada la solicitud del Anticipo de Prueba antes de haberse iniciado el proceso el juez deberá analizarla y estimar si cumple con los formalismos esenciales exigidos en el Art. 329 Inc. 2º⁶³, del CPCM donde se deberá haber precisado de manera suficiente los hechos que justifiquen su petición y haber designado a la persona a quien pretenda demandar.

⁶¹ Gámez, “El anticipo de prueba”, 79.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Cuando se presenta la solicitud del anticipo de la prueba, inmediatamente procede su revisión para analizarla y será el juez quien decida si procede o no la diligencia.

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 CPCM⁶⁴.

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

⁶⁴ El juez competente tendrá la facultad de admitir la realización del anticipo de prueba o rechazarlo por impertinente e inútil, cuando carezca de justificación su realización. Por eso estoy de acuerdo en que al solicitar un anticipo de prueba debe justificarse concretamente su temor de pérdida de la prueba.

Audiencia de Anticipo de Prueba deberá establecerse en un mínimo de quince días y un máximo de veinte días”⁶⁵.

“El resultado del Anticipo de Prueba y el Acta de la Audiencia extraordinaria quedarán en el tribunal donde se hubieran practicado”, y si aún 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”⁶⁶; 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.

⁶⁵ Gámez, “El anticipo de prueba”, 82.

⁶⁶ Mora, *La prueba en el proceso*, 64.

CAPÍTULO II

EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

Este capítulo se desarrolla con el propósito de generar una mejor comprensión, respecto de los diferentes conceptos, definiciones, naturaleza jurídica y doctrinas que posee el tema objeto de investigación.

2. Concepto de Anticipo de Prueba

“Es la práctica de un medio de convicción en algún momento anterior a la fase probatoria ordinaria de los respectivos procesos, debido a una situación de riesgo que aconseja no esperar a entonces, ante la posibilidad de que pueda producirse su desaparición”.⁶⁷

Esta figura del Anticipo de Prueba art. 326 CPCM⁶⁸, ha sido definida como “una de las excepciones justificadas, al principio de práctica de la prueba en el juicio oral”⁶⁹; por otro lado 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”⁷⁰, afirmada esta idea, el Anticipo de Prueba es “la realización de actos de prueba en sede judicial, que por ciertas razones, valoradas por el

⁶⁷ Consejo Nacional de la Judicatura CNJ, “Código Procesal Civil y Mercantil Comentado”, interpretado por Juan Carlos Cabañas García, Oscar Antonio Canales Cisco y Santiago Garderes Gasparri (unidad técnica ejecutiva del sector de justicia, El Salvador, 2016), 250.

⁶⁸ Cuando por las circunstancias del caso sea de temer la pérdida de un medio de prueba, sea por la situación de las personas o el estado de las cosas, el futuro demandante, o demandado, que pretenda establecer la existencia de un hecho, podrá acudir al juez competente a efecto de que sea practicada anticipadamente.

⁶⁹ José María Asencio Mellado, Prueba prohibida y prueba preconstituida (Editorial Trivium, Madrid: 1989), 171.

⁷⁰ Juan Montero Aroca, *El nuevo proceso civil*, 2ª ed.(Editorial Tiran Lo Blanch, Madrid, España: 2001),333-334.

legislador como hechos de protección se realizan con anterioridad al proceso o a la oportunidad procesal oportuna⁷¹; y por último que el Anticipo de Prueba es la que se obtiene o practica previamente a la traba de la litis”.

“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”;⁷² 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

⁷¹ Di Iorio, *Prueba anticipada*, 47.

⁷² La prueba anticipada y anticipo de prueba, se puede decir que consisten en lo mismo y lo que difiere entre ambos enunciados es un devenir histórico.

aparece como posibilidad jurídica dicha figura, con respecto al momento procesal en el cual la práctica de la prueba debería producirse.⁷³

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.⁷⁴ 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,⁷⁵ y más aún 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 deberán entenderse las razones de la excepcionalidad en su configuración legal permisiva.

De hecho, la regla general deberá 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 apareamiento de la necesidad que se anticipe prueba, por ejemplo, el temor fundado de pérdida de la fuente.

2.1 Sujetos que intervienen en el Anticipo de Prueba

“Futuro demandante y demandado, que podrán, ser personas naturales,

⁷³ El momento procesal en el cual la práctica de la prueba debería producirse 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.

⁷⁴ No debe de asimilarse como algo absoluto, ya que de algún modo merma el verdadero sentido del contradictorio en los sistemas de la oralidad.

⁷⁵ Por ejemplo, la proposición de la prueba en audiencia preparatoria; pero tratándose del anticipo de prueba, al parecer, todo escapa de esa rigurosidad.

Personas jurídicas, patrimonios autónomos, etc. Cada parte, por otro lado, puede estar constituida por una o más personas, dando lugar a la figura procesal del Litis consorcio”.⁷⁶

Podemos conceptualizar que es parte aquel que, en su propio nombre o en cuyo nombre se pide, invoca la tutela jurisdiccional de algún derecho subjetivo, promoviendo la actuación de la voluntad de la ley contenida en el derecho objetivo; también es parte aquel contra quien se formula el pedido o contra aquel que se quiere hacer valer una pretensión dentro de un proceso.

“De lo escrito es posible establecer una perfecta distinción entre el que pide la tutela jurisdiccional y aquel en favor de quien se pide la tutela”⁷⁷.

“La presencia de esas dos partes en el proceso es una consecuencia del principio de contradicción, de donde se deduce que en los llamados procesos voluntarios no podemos hablar de actor o demandado, dado que las pretensiones son coincidentes”.⁷⁸“En estos procesos, el concepto de parte debe ser reemplazado por el de "petitionarios", es decir, aquellas personas que, en interés propio, reclamen, ante un órgano judicial, la emisión de un pronunciamiento que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica”.⁷⁹

“Normalmente el acreedor en la relación material coincide con la posición que adopta quien es parte demandante y el deudor con la que adopta la posición de quien es parte demandada en la relación procesal. Por ello la importancia

⁷⁶ Estas pueden ser personas naturales o personas jurídicas como lo establece la ley y apegado a las garantías procesales que se establecen en la normatividad.

⁷⁷ Gámez “El anticipo de prueba”, 84.

⁷⁸ Enrique López López y Faustino Gutiérrez Alviz Conradi, *Derechos procesales fundamentales*, (Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 2005), 174.

⁷⁹ Camacho, *Manual de derecho procesal*, 206-209.

de determinar las partes en la relación jurídica material y, luego, las partes en el proceso correspondiente, para poder explicar la presencia de la Relación jurídica procesal que nuestro ordenamiento procesal civil exige como condición para la validez y eficacia del proceso como instrumento jurisdiccional”.⁸⁰

“Ahora bien, de lo anteriormente mencionado se podrá destacar que en las diligencias de anticipo de prueba tal como lo establece el código procesal civil y mercantil cualquiera de las partes”.⁸¹

Futuro demandado: Que pretenda establecer la existencia de un hecho, podrá acudir al Juez competente a efecto de que sea practicada anticipadamente.

El futuro demandante o demandado habrá de presentar la solicitud al juez competente de anticipo de prueba.

2.2 La prueba aplicable en materia Mercantil

Para entrar en materia de la prueba se hará una reseña histórica de lo que es la prueba mercantil.

Históricamente el tema de las pruebas se ha visto dividido en dos áreas: el área del Derecho Procesal y el área del Derecho Sustantivo. Sirven como base para esta idea; la obra “Tratado de Obligaciones” “la

⁸⁰ Se entiende por parte a toda persona individual o colectiva que formula pretensiones jurídicas en un proceso y aquella otra que la contradice formulando excepciones y defensas, en otras palabras, todo sujeto procesal que adopta una posición contradictoria y equidistante en el procedimiento judicial.

⁸¹ Cualquiera de las partes puede iniciar diligencias de anticipo de prueba.

teoría general de las obligaciones y que en el capítulo final se viera en la necesidad de incorporar el tema de cómo probar las mismas”.

“La evolución que hubo en Grecia sobre esta materia fundamental para la organización judicial de cualquier país, superó con mucho a la que existió en Europa, por lo menos hasta el siglo XVI”⁸²

“La obra y sus ideas sirvieron de base a los redactores del Código Civil Francés en cuyo texto se incorpora un capítulo que versa sobre la Prueba de las Obligaciones.”⁸³

Otros cuerpos normativos como el Código Civil de Chile, siguiendo el modelo francés, trata de la prueba de las obligaciones en el título XXI del libro IV.

Sus sabias disposiciones las obtuvo primordialmente del derecho Francés, ya sea en forma directa, y a través de otros cuerpos legales que también se inspiraron en esa fuente.

El proyecto de Código Civil Español de 1851 tiene especial importancia. Este magistrado del Supremo Tribunal de Justicia de España reunió en dos gruesos volúmenes las apuntaciones y concordancias que se tuvieron a la vista en la preparación del proyecto.

En el título sobre la prueba de las obligaciones la influencia Española es constante; parece que se tuvo a la vista continuamente el proyecto de 1851 y, de manera particular, la redacción castiza.

⁸² Echandía, *Teoría general de la prueba*, 57.

⁸³ Enrique Paillas Peña, *Estudios de derecho probatorio* (Jurídica de Chile, Santiago, Chile: 1991), 9.

“En el derecho Romano, advierte con muy buen criterio se encuentran los principios esenciales que informan el sistema probatorio de la civilización occidental”⁸⁴. Con posterioridad a este Código, el de Procedimientos Civiles ha reglado la prueba, sin modificar empero sus disposiciones, que se complementan.

“Otros códigos y leyes especiales tratan la prueba en relación con las materias sobre las cuales versan, como el Código de Procedimiento Penal, de Comercio, del Trabajo, entre otros”⁸⁵

En el caso de El Salvador, es conocida la influencia que tuviera el sistema Chileno en la redacción del Código Civil, por lo que no es extraño encontrar similitudes o cosas parecidas entre ambos. Es así que siguiendo el mismo sistema el Código Civil comprende dentro del Libro Cuarto un Título denominado “De la Prueba de las Obligaciones”, dentro del cual se encuentran los primeros intentos por agrupar y denominar las formas idóneas de probar las obligaciones.

Disposiciones que en el año de 1882 son ampliadas y complementadas por el Código de Procedimientos Civiles, que derogó el anterior Código de Procedimientos Civiles que rigió esta materia desde el año de 1863.

En el Derecho Mercantil la regulación de la prueba es dispersa propiamente, en el sentido que se pueden encontrar disposiciones que la regulan en varios cuerpos legales, Código Civil, Código de Procedimientos Civiles, Código de Comercio y Ley de Procedimientos Mercantiles. Es en el primero en el que se encuentran como ya se ha

⁸⁴ Echandía, *Teoría general de la prueba*, 59.

⁸⁵ Peña, *Estudios de derecho*, 10.

expresado los primeros indicios de la prueba de la obligaciones en general y que con la evolución de las relaciones comerciales se vio en la necesidad de una regulación especial.

Según se ha comentado, “el derecho Civil se aplica, como regla general, a todo aquello que la rama especializada no ha transformado”⁸⁶. Es por esto que al no existir en nuestro país un código especial para el área mercantil se aplicaba a las relaciones comerciales las disposiciones del denominado Derecho Común, es decir el Derecho Civil; y que aun en la actualidad se aplica supletoriamente las disposiciones del Código Civil a lo que no esté regulado por el Código de Comercio y las demás leyes que rigen la actividad comercial que con el tiempo aún no ha surgido una legislación pertinente .

La preocupación por codificar la legislación mercantil se hizo patente en el año 1853, en que por decreto de las Cámaras Legislativas de 31 de marzo y 1° de abril, publicados en la “Gaceta de El Salvador” del 6 de mayo, se facultó al presidente de la República en ese momento para que “dentro de tres meses, si fuere posible, dicte el código de comercio, el de enjuiciamiento y el establecimiento y organización de los tribunales consulares”.

“Por acuerdo ejecutivo de 22 de julio de 1854 se creó una comisión para que elaborara un proyecto de Código de Comercio y la ley de enjuiciamiento que exija el establecimiento de tribunales mercantiles”⁸⁷; dicho proyecto se convertiría en el primer Código de Comercio y el cual entraría en vigencia en 1855.

⁸⁶ Roberto Lara Velado, *Introducción al estudio del derecho mercantil* (Editorial Universitaria, El Salvador: 1969), 353.

⁸⁷ Apéndice del Código de Comercio (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1904).

EL Código de Comercio que antecede al vigente, fue promulgado en el año de 1904; sin embargo “ su vida como cuerpo normativo es mucho mayor de lo que a primera vista parece, pues su texto fue tomado del Código de Comercio Español de un siglo antes y su texto corresponde a los lineamientos de las teorías clásicas en boga en el momento en que fue hecho”⁸⁸

Hasta antes de la aparición del primer Código de Comercio en El Salvador en el año de 1855, se aplicaban en Materia Mercantil las normas que establece el Código Civil y como la legislación procesal (“la que generalmente determina las reglas y principios generales de la prueba”⁸⁹) normalmente nace con posterioridad a la ley sustantiva resulta difícil pensar que existiera antes del año de 1855 una Ley de Procedimientos Mercantiles, además de que no se encuentra en las bibliotecas registro de la existencia de un código como el que existía; deberá entenderse entonces que hasta antes de 1855 se aplicaban en Derecho Procesal Mercantil las reglas del Derecho Procesal Civil, es necesario por ello remitirse al texto de la legislación procesal en materia civil.

En la búsqueda de los antecedentes referentes al tema de valoración de la prueba en materia mercantil es posible ubicar tanto el primer Código de Comercio como el primer Código de procedimientos en los juicios sobre negocios mercantiles, ambos del año de 1955, en ninguno de ellos se encontraron normas referidas a la valoración de la prueba, por lo que habrá que aplicar lo regulado por el Derecho Común.

⁸⁸ Velado, *Introducción al estudio*, 360.

⁸⁹ Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal, civil y comercial*, t. III (Editorial Ediar, Argentina: 1963), 231.

“Es correcto afirmar entonces que históricamente se ha adoptado en el país un sistema de prueba tasada, pues los antecedentes del anterior Código de Procedimientos Civiles presentan la misma regulación que éste, la única diferencia que se pudo observar fue en cuanto al articulado, el contenido se ha mantenido en lo sustancial”⁹⁰

“La prueba aplicable en materia mercantil relacionada al anticipo de prueba da un énfasis amplio en lo que es aplicable a la materia por ello es necesario detallar lo que es la aplicabilidad de las misma para el Derecho Mercantil”⁹¹.

2.2.1 Evolución de la prueba en materia Mercantil

Formamos parte de una sociedad que se encuentra en constante movimiento que se refleja en cambios e innovaciones, en los últimos años hemos sido testigos de una gran cantidad de descubrimientos científicos y tecnológicos como la creación de novedosos instrumentos de almacenamiento de información, que es en definitiva la razón de este tema. Son estas creaciones las que nos hacen disfrutar hoy de ventajas y de comodidades que no existieron en generaciones anteriores.

En otros países el progreso tecnológico no ha pasado a ser un simple suceso social, la importancia que representa queda reflejada en los textos como “ el avance tecnológico representa el punto de partida de la reformulación de la técnica legislativa que no se limita a hacer referencia únicamente al progreso de la técnica sino también se refiere

⁹⁰ Maximiliano Antonio Castillo Díaz y Giovanny Darío Díaz Alfaro, “Estudio sobre efectividad de los medios probatorios regulados en el código procesal civil y mercantil en el derecho sustantivo mercantil” (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2011), 36.

⁹¹ *Ibíd.*, 37.

A otras materias como la física y la química”⁹²

Si se adhieren a estas ideas resulta evidente que ni el Derecho Procesal, ni el Derecho Sustantivo pueden permanecer pasivos ante dichos cambios, es quizás en materia de Derecho Probatorio donde más se refleja esta afirmación, si se tienen en cuenta que no puede existir una acción judicial sin una pretensión que la sustente y esta a su vez debe ser fundamentada por un derecho sustantivo que la acredite, es en esta relación en donde encuentra su importancia el tema probatorio; pues no es sino a través de los medios pertinentes idóneos que puede demostrarse la existencia de aquel derecho que sustenta la pretensión.

En este sentido será necesario ampliar el catálogo de medios probatorios contenidos en las legislaciones y otorgar mayor facilidad a los sujetos que se vean en la necesidad de legitimar sus derechos. “La actividad comercial no es ajena a estos cambios sociales, la celebración de negocios se diversifica cada vez más, hoy es posible realizar una compraventa con una persona que se encuentra a miles de kilómetros de distancia, con la facilidad de dar un clic a un enlace insertado en una página web”⁹³ lo cual dificulta, sino se dispone de los medios idóneos y necesarios, cualquier tipo de reclamo por los vicios que pueda presentar el artículo adquirido.

Para el autor representa un inconveniente estar atado a un sistema taxativo de medios probatorios, como el contenido en algunas legislaciones de las cuales formaba parte la nuestra, hasta la entrada

⁹² Peña, *Estudios de derecho*, 131.

⁹³ *Ibíd.*

en vigencia del CPCM., el cual contempla la posibilidad de incorporar cualquier elemento que pueda servir para demostrar los hechos o sucesos en cuestión tanto así que sirviera en un proceso para que resultara factible para las partes que intervienen dentro del mismo.

“Se afirma que el régimen probatorio debe adecuarse a los cambios científicos y tecnológicos y a las necesidades que se presentan para cada sociedad y no puede permanecer inmóvil, en lo que respecta a este tema, nuestro sistema legal ha superado las barreras que lo apresaban desde hace mucho tiempo; sin considerar las graves deficiencias que presentaba la anterior regulación, por la influencia directa de los códigos chilenos y españoles”⁹⁴, que según lo afirma, debido a sus fechas no tuvieron en cuenta el profundo deslinde entre las normas probatorias generales y las especiales.

En este sentido es necesario reformar los antiguos modelos probatorios que están desvinculados de la realidad actual, que se refleja especialmente en las actividades comerciales; pues la persona que se dedica al ejercicio del comercio persigue celeridad en sus negocios, para lo cual ha de utilizar los medios que le permitan documentar sus obligaciones de forma rápida y a su vez pueda hacerlas efectivas judicialmente si fuese necesario.

2.2.2 La importancia del Derecho probatorio para el Derecho Mercantil

Es por medio del cual la prueba que pueden conocerse sucesos del

⁹⁴ Niceto Alcalá Zamora y Castillo, “Anteproyecto que reforma el régimen de la prueba en el código de procedimientos de Honduras”. *Doc Player*, acceso el 12 de febrero de 2019,380. <https://docplayer.es/87520383-Anteproyecto-que-reforma-el-regimen-de-la-prueba-en-el-codigo-de-procedimientos-de-honduras.html>

pasado, afirmación que supone la importancia de la prueba no solo para el derecho sino también para otras ciencias; sin embargo en el campo del derecho la prueba representa un aspecto trascendental.

“Es indudable que el Derecho Probatorio es de carácter fundamental en ámbito jurídico, su importancia trasciende incluso del ámbito jurisdiccional”⁹⁵ por lo que es difícil imaginar un proceso o procedimiento en el que no exista un espacio reservado para la actividad probatoria, exceptuando por su puesto aquellas causas de mero derecho en las que no es meritorio la demostración de hechos. “que no supondría importancia alguna que la ley reconozca el derecho subjetivo de ejercitar una acción si este derecho no se ve acompañado de la posibilidad de hacer uso de los medios probatorios pertinentes para demostrar las argumentaciones que dan sustento a ésta”⁹⁶

“Las pruebas son así un instrumento elemental, no tanto del proceso como del derecho, y no tanto del proceso de conocimiento como del proceso en general; sin ellas el noventa y nueve por ciento de las veces, el derecho no podría alcanzar su finalidad”⁹⁷

En el área jurisdiccional la prueba es, como ya se describió, de vital importancia pues su producción no tiene otra fin sino la de convencer al juez de que los hechos alegados ocurrieron en el lugar, momento y forma en que se afirman por medio de quien quiere probar.

El proceso mercantil no difiere en este aspecto al resto de procesos,

⁹⁵ Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*, 9ª ed. (Editorial librería del profesional, Santafé de Bogotá, Colombia: 1998), 3.

⁹⁶ Kielmanovich, *Teoría de la prueba*, 134.

⁹⁷ Echandía, *Teoría general de la prueba*, 14.

así en juicio sumario mercantil de resolución de contrato de un préstamo mercantil y declaración de daños y perjuicios, el acreedor que alegue el impago del capital y de los intereses por parte del deudor, deberá acreditar judicialmente la existencia de la relación contractual y la falta de pago por parte del deudor; y si por el otro lado el deudor afirma el haber pagado la totalidad de la deuda, deberá acreditar este hecho frente al juez.

“La importancia de la prueba en este ámbito según se refleja recae sobre los derechos subjetivos, porque un derecho puede tenerse materialmente pero debe probarse procesalmente, sobre todo si ese derecho que se tiene, asigna a otra persona una obligación”⁹⁸

Dentro del Derecho Mercantil éste enunciado adquiere especial importancia porque la existencia dentro de esta área del Derecho de mucha actividad de la que no se deja constancia escrita y que puede adquirir en determinado momento inusitada importancia, como son por ejemplo los actos preparatorios de un contrato, entre ellos la oferta y la aceptación de la misma, el silencio de la empresa requerida para contratar; entre otros.

2.2.3 Medios probatorios regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil

El Art. 330 CPCM, se refiere a los Medios probatorios, a continuación se mencionará un resumen de lo que establece la Doctrina sobre ellos.

⁹⁸ Carlos Betancur Jaramillo, *De la prueba judicial*, 2ª ed. (Editorial DIKE, Bogotá, Colombia: 1982), 13.

“Los medios de prueba son las herramientas con las cuales se pretenderá lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos objeto de la prueba. Estas herramientas pueden consistir en objetos materiales, (documentos, fotografías, medios audio visuales, medios de almacenamiento de datos como voz y sonido, etc.) o en conductas humanas realizadas bajo ciertas condiciones (declaraciones de testigos, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, etc.).”⁹⁹

Se entenderá por Medio de Prueba: “La actividad del juez o de las partes, que suministra al primero, el conocimiento de los hechos del proceso, y por ende las fuentes de donde se extraen los motivos o argumentos para obtener su convencimiento sobre los hechos de la causa”¹⁰⁰. “Verbigracia la inspección o percepción del juez, el relato contenido del documento, la declaración de la parte, la declaración de testigos, el dictamen del perito, la percepción e inducción en la prueba de indicios”¹⁰¹

“Desde un segundo ángulo, se entenderá por medio de prueba los instrumentos y órganos que aportan al órgano jurisdiccional ese conocimiento y esas fuentes de prueba. Es la manera como se verifica la adquisición procesal de la prueba y se lleva al magistrado el conocimiento de los hechos que prueba”¹⁰²

Es decir, se pretenderá que los medios de prueba permitidos por la ley sean admisibles a lo que es el anticipo de prueba ya que careciendo de normativa

⁹⁹ José Ovalle Favela, *Derecho procesal civil*, 4ª ed. (Editorial Harla, México: 1989), 120.

¹⁰⁰ Víctor De Santo, *La prueba judicial, teoría y práctica* (Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina: 1992), 24.

¹⁰¹ Alsina, *Tratado teórico práctico*, 230.

¹⁰² Jaime Guasp Delgado, *Derecho procesal civil*, 2ª ed. (Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid: 1961), 352.

procesal el Derecho Mercantil se aplica por subsidiariedad al Derecho Civil en consecuencia al Código Procesal Civil y Mercantil.

“Mientras unos estiman que el proceso es una relación jurídica, para otros la establece, y en tanto un sector aprecia una sola relación jurídica, que progresivamente se desenvuelve, son varios los que reputan que el proceso se compone de una serie de relaciones jurídicas.

La divergencia surge asimismo en cuanto a la determinación de quienes sean sujetos de dicha relación, pues al paso que hay autores en cuya opinión lo son solo las partes, la mayoría sostiene que la relación es triangular: las dos partes y el juez.

En cuanto a la situación de las partes entre sí, se considera en algunos libros como de derecho privado, en los restantes como de derecho público; por unos procesalistas como relación inmediata, mientras que los demás afirman que el nexo entre ambas se verifica por medio del Juez.

A su vez, hay quienes entienden que entre las partes surgen derechos y obligaciones, en tanto que una corriente doctrinal distinta reconoce únicamente la presencia de ligámenes entre aquellas; y estos, en ocasiones, son caracterizados como presupuesto, en tanto que en otras como consecuencia, de la actuación procesal.

Y por lo que atañe a la triangularidad de la relación jurídica procesal, se concibe por unos procesalistas como sencilla, y por otros últimos años como una relación de puro derecho público, o sea exclusivamente como una

relación jurídica entre las partes por un lado y el tribunal por otro”¹⁰³.

“Todo sistema probatorio se rige por un régimen de desarrollo de la prueba”¹⁰⁴, este sistema consta de las partes siguientes, se inicia con la proposición de la misma, seguido de un juicio legal de pertinencia o impertinencia que permite según su resultado la admisión o no de lo propuesto, si la prueba es admitida se procede a su producción, este régimen finaliza con una valoración subjetiva del juzgador que le sirve para fundamentar su decisión final.

De acuerdo con lo expuesto anterior para que sea posible el desarrollo de este régimen debe primero de existir un acto dispositivo de las partes, el medio por el cual los elementos probatorios nacen dentro del proceso, la forma por la cual se introduce al ámbito judicial aquello que sirve de fundamento para las afirmaciones hechas por cada una de las partes intervinientes, se refieren a la proposición; que no es, sino el resultado del derecho concedido por la Constitución para que se puedan incorporar las pruebas en el proceso.

Según lo expuesto, “las partes tienen la posibilidad de utilizar para su beneficio todos aquellos medios que la ley ha establecido para que puedan probarse los hechos en que se fundamenta una acción o petición, se refieren a los medios probatorios contenidos en el CPCM. sean estos: documentos, declaración de parte, prueba testimonial, prueba pericial, reconocimiento judicial, medios tecnológicos, al respecto la Sala de lo Constitucional ha dicho que impedirle a las partes decidir sobre la utilización de los medios de prueba que la ley permite. Obstaculiza

¹⁰³ Alsina, *Tratado teórico práctico*, 429-430.

¹⁰⁴ Luis Dorantes Tamayo, *Teoría del proceso* 10ª ed. (Editorial Porrúa, México: 2005), 378.

los Derechos de Defensa y Audiencia”¹⁰⁵ “cuando se alude al objeto de la prueba nos estamos refiriendo a qué puede probarse en sentido abstracto, es decir, fuera de lo que se ha de probar en el caso concreto.

Sin embargo se refieren al tema de la prueba, descendiendo ya al caso concreto, es decir a qué debe probarse en el proceso concreto para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. En definitiva, qué debe probar el actor para acreditar la consecuencia jurídica teniendo en cuenta su pretensión y que debe probar el demandado para que prospere la resistencia a su pretensión.

Resulta imposible clasificar lo que debe probarse en un proceso en concreto (porque las posibilidades son tan infinitas como lo pueden ser el tipo de pretensiones articuladas y sus correspondientes resistencias), pero lo que sí puede abordarse con carácter general es lo que puede probarse refiriéndose a los tipos de hechos en concreto, lo que lleva a algunas conclusiones, sobre los hechos controvertidos, la prueba del derecho, la prueba de las máximas de experiencia y los hechos exentos de prueba”¹⁰⁶

“No obstante decir que los hechos son objeto de prueba, esta regla tiene sus excepciones; por ejemplo, el Juez al dictar sentencia debe fundarla en los hechos controvertidos y probados”¹⁰⁷

¹⁰⁵ Sentencia de Amparo, Referencia: 296-2007 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2019).

¹⁰⁶ Mora, *La prueba en el proceso*, 32.

¹⁰⁷ Hernando Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, t. 2(Editorial ABC, Bogotá, Colombia: 1984), 60.

2.2.4 FIN DE LA PRUEBA EN EL DERECHO MERCANTIL

“El desarrollo de la actividad probatoria no cumple solo actividades procesales sino además funciones extraprocesales relacionadas con la seguridad de las situaciones jurídicas, la mayor comercialidad de los derechos enajenables y la prevención de los litigios, y aparte de ellos busca desempeñar esenciales cometidos dentro del proceso, entre los cuales se destaca primordialmente el que toca su fin.

La problemática del fin de la prueba, dados los sujetos del proceso, puede enfocarse desde el punto de vista de la parte que la aporta o del juez que la califica o aprecia. Por el primer aspecto, se afirma que las partes buscan convencer al juez de una realidad fáctica para así lograr de éste el reconocimiento del derecho pretendido”¹⁰⁸.

Es decir, que buscan vencer a su opositora en la lucha judicial. Por el otro lado, se sostiene que las pruebas le sirven al juez para obtener certeza que sobre la existencia de los hechos planteados precisa para decidir; o, en otros términos según Echandia “mediante ellas trata de convencerse de una realidad procesal o de una verdad para hacer la declaración correspondiente”¹⁰⁹

El primer enfoque carece de interés en esta oportunidad, ya que él se reduce a contemplar fines personales que pueden ser torcidos o desvirtuados por las partes en su propio provecho, y no representa el fin que le corresponde por si misma a la prueba, según su naturaleza y función procesales.

¹⁰⁸ Alfaro, “Estudio sobre efectividad”,80-81.

¹⁰⁹ Echandia, *Compendio de derecho*,336.

En lo que dice relación al segundo aspecto, la doctrina se encuentra orientada hacia diferentes direcciones, las cuales pueden reducirse fundamentalmente a dos: primero el fin de la prueba es la verdad y segundo el fin de la prueba es el convencimiento del juez o su certeza sobre la existencia de los hechos que interesan en el proceso.

2.3 La prueba aplicable en materia Civil

“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”.¹¹⁰

“Aquella prueba documental, testimonial, pericial o 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”.¹¹¹ 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”.¹¹²

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

¹¹⁰ Es decir, que será admisible el anticipo de prueba respecto de cualquier medio de prueba que el Código Procesal Civil y Mercantil prevé.

¹¹¹ Se enfoca en la admisibilidad del anticipo de prueba respecto de cualquier medio.

¹¹² Va orientado en la libertad probatoria en que todos aquellos medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal.

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 Art. 330 inc 1° CPCM¹¹³ relacionado al art. 329 CPCM.

De todo lo anterior se concluye, 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. 2° del CPCM”,¹¹⁴ 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

¹¹³ Se enfoca en los medios probatorios, en el cual la prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código en el cual se incluye a los medios no previstos por la ley y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados.

¹¹⁴ Procede cuando no se haya llegado aún a la etapa procesal probatoria y se tema la destrucción u ocultación de los mismos, tratándose de instrumentos públicos o privados.

que pasar a dictar sentencia, cuando fuese solo la documental, según Art. 310 Inc. 3º CPCM,¹¹⁵ entonces surge el caso, como puede una persona expresar que tiene el temor 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. 7º¹¹⁶, Art 335 CPCM,¹¹⁷ y “se omite la Audiencia Probatoria, y se pasa a dictar sentencia, Art. 310 Inc. 3º CPCM,¹¹⁸ .

Por eso mismo no tiene sentido hacerla de manera anticipada, porque se

¹¹⁵ Proposición de la prueba, decisión del juez sobre su admisión, cuando la prueba que se deba practicar sea sólo la documental, el juez pasará a dictar sentencia en el plazo legal fijado.

¹¹⁶ Junto con la demanda se incorporan los documentos que acrediten el cumplimiento de los presupuestos procesales, los que fundamenten la pretensión y los informes periciales.

¹¹⁷ Proposición y presentación de los instrumentos públicos o privados que se presentarán con la demanda o con la contestación, conforme a las reglas establecidas.

¹¹⁸ Cuando la prueba que se deba practicar sea sólo la documental, el juez pasará a dictar sentencia en el plazo legal fijado.

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 contraponen 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 solicitará 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 CPCM¹¹⁹, 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,¹²⁰ 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 CPCM¹²¹, 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. 7º CPCM, 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.

2.4 Diferencias entre la prueba Mercantil y la prueba Civil

Básicamente la diferencia es mínima en cuanto a medios de prueba civil y mercantil. Su diferencia radica atendiendo a la materia en tanto que varían por el tipo de proceso “Procede con todos los medios probatorios eso lo podemos encontrar regulado en el Art. 327 del CPCM, donde establece que será admisible el Anticipo de Prueba respecto de cualquier medio de los que

¹¹⁹ La parte que pretenda utilizar como prueba un instrumento al que no tiene acceso, solicitará al juez su reproducción.

¹²⁰ El deber de exhibición de los instrumentos públicos o privados por las partes, se podrá solicitar al juez que ordene la exhibición del mismo.

¹²¹ La preclusión de la aportación documental, cuando no se aporten los documentos inicialmente, salvo que la ley autorice excepcionalmente a hacerlos en momento no inicial.

Este código prevé¹²².

Ahora bien “Tratándose de instrumentos públicos o privados, el anticipo de prueba sólo procede cuando, habiéndose ya iniciado el proceso donde se anunciaron y al que se pretende su incorporación, no haya llegado aún la etapa procesal probatoria y se tema por la destrucción u ocultación de los mismos”¹²³.

“Se podrá 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 o terceros, y que sean legales, lícitos, pertinentes y útiles, para probar las aseveraciones realizadas por los titulares de los derechos”¹²⁴.

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.

“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

¹²² Siempre y cuando no dañen la moral. Y siempre y cuando este previamente establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil es factible poder ofertar y producir cualquier medio probatorio.

¹²³ Gámez, “El anticipo de prueba”, 114.

¹²⁴ Gámez, “El anticipo de prueba”, 114.

Simultáneamente con la prueba pericial o testimonial, según sea el caso”¹²⁵.

Prueba documental: con respecto a la prueba documental sería muy difícil que se pueda 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. 327 del CPCM. Si el documento no está en poder de la parte que promovió el proceso para eso tiene las diligencias preliminares.

“Interrogatorio de testigos: Medio probatorio por el que los testigos o personas que tengan noticias de los hechos controvertidos objeto de la Litis declaran ante el órgano judicial sobre lo que han percibido, contestando a las cuestiones que le formulen las partes oralmente en el acto de juicio”.¹²⁶

Prueba pericial: Medio probatorio por el que la parte puede solicitar al juzgador que sea admitida como prueba la declaración de un perito en una materia por ser necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para explicar y valorar hechos relevantes al objeto de la Litis.

2.5 La prueba que no procede a la diligencia

Con énfasis en el entendimiento de la prueba como una actividad, Gascón Abellán precisa que el término prueba en el contexto jurídico “identifica los trámites o actividades que se orientan a acreditar o a determinar (en definitiva, a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión”. Esta actividad no es meramente retórica o argumentativa, pues no se dirige a “convencer” al juez, sino que significa un

¹²⁵ Di Iorio, *Prueba anticipada*, 67.

¹²⁶ Mora, *La prueba en el proceso*, 52.

proceso cognoscitivo encaminado a conocer o acreditar “la verdad de los hechos controvertidos”¹²⁷

El concepto de ilicitud sostiene diferencia ya que lo precisa el autor como propuesta para precisar el concepto, el propio Miranda distingue dos grandes categorías: prueba ilícita y prueba irregular.

Lo anterior, a partir de la observancia en la actividad probatoria de las partes de dos principios relevantes: el principio de legalidad de la prueba (apego a las formalidades legales previstas para el desahogo de cada prueba) y el principio de licitud de la prueba (respeto a derechos fundamentales). Para este autor, la prueba ilícita se restringe a “aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales”. Por otro lado, la prueba ilegal o irregular es la “obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales”¹²⁸

En el anticipo de prueba se sostiene que la “regla general es que la prueba se realice en el momento oportuno, es decir, en el período probatorio. De esta manera, la prueba anticipada es toda la que se hace antes de tiempo, ya que en ciertos casos la ley lo permite para evitar que la prueba se pierda.

“La producción de la prueba anticipada es procedente en tanto y en cuanto haya un temor fundado por parte de quien la pide de que la prueba se pierda o se torne muy dificultosa”, indicó. Desde ese punto de vista, argumentó que la prueba anticipada termina siendo una herramienta garantizadora del éxito

¹²⁷ Marina Gascón Abellán, *El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, *Estudios sobre la prueba*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México: 2011), 47-88.

¹²⁸ Manuel Miranda Estrampes, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista catalana de seguretat pública*, n. 22(2010): 132.

de la demostración de los antecedentes fácticos de la Litis, es decir, termina garantizando que podemos demostrar los hechos que son objeto de la Litis.

“La prueba anticipada supone admitir, excepcionalmente, la producción de la prueba antes de tiempo”. De este modo, se aclarará que admitir la prueba anticipada no significa que nos otorgue el derecho a, por un lado, tratar de anticipar la solución del litigio ni, por el otro, vulnerar la igualdad de las partes en el proceso.

En lo que atañe al valor probatorio de la prueba anticipada, se estimara que el juez la valorará con el mismo criterio con el cual va a valorar el resto de las pruebas que se produzcan en el período probatorio. “La prueba anticipada la podrá pedir cualquiera de las partes, antes de interponer demanda, después de interponerla, e inclusive antes o después de trabarse la Litis, pero siempre antes del período probatorio”.¹²⁹

Conforme al Código Procesal Civil y Mercantil establece cual prueba no es procedente al anticipo de prueba conforme lo establecen ciertos preceptos regulados en el mismo según el art 316 inc 3 dice “La práctica de los medios probatorios en forma contraria a lo previsto por las leyes procesales determinará la nulidad del medio correspondiente. Sin embargo, la fuente de prueba podrá ser utilizada siempre que su aportación se hubiera realizado conforme a las normas legales”¹³⁰ lo que da a surgir es que esa prueba carece de licitud para ser valorada y ser objeto en el proceso.

¹²⁹ Gerardo Di Massi et. al., “Medios de prueba en el proceso civil”, *Derecho al día*, publicado el 29 de mayo de 2014, <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/medios-de-prueba-en-el-proceso-civil/+5210>

¹³⁰ La prueba ilícita según el CPCM es nula cuando no es obtenida del medio procesal en este caso según la ley establece careciendo de fuerza jurídica.

Consecuentemente establece otros artículos referentes al Código procesal Civil y Mercantil que establecen la prueba que no procede al proceso como tal dando a lugar que esta sea rechazada con la debida fundamentación correspondiente por ejemplo en el art. 317 inc. 3 dice de forma expresa “El Juez evaluará las solicitudes de las partes, declarará cuáles pruebas son admitidas y rechazará las que resulten manifiestamente impertinentes o inútiles.

La decisión del juez no será recurrible, y las partes podrán solicitar que se haga constar en acta su disconformidad, a efecto de interponer recurso contra la sentencia definitiva”¹³¹ el cual según lo establecido dejando la facultad al juez de valorar las pruebas que estime convenientes para que sean utilizables en la audiencia probatoria.

Por lo tanto entendiéndose como prueba pertinente según el autor Antonio Rocha “se entiende por prueba pertinente, la relativa a un hecho tal que si fuere demostrado influirá en la decisión total o parcial del litigio y como impertinente la prueba cuando se pretende probar un hecho que, aún demostrado, no sería de naturaleza para influir en la decisión del asunto”¹³²

Cabe destacar la pertinencia de la prueba y la utilidad de la prueba que tiene que ser coherente con el desarrollo del proceso haciendo un énfasis en lo que respecta a la dirección del mismo dando lugar a satisfacer las pretensiones de las partes intervinientes en el proceso ya sea demandante o demandado.

¹³¹ El Código Procesal Civil y Mercantil es claro en establecer la procedencia de la sana crítica para la valoración de la prueba, es decir, también a esto que toda prueba impertinente o ilícita debe ser inutilizable en el proceso o en la diligencia.

¹³² Antonio Rocha Alvira, *De la prueba en derecho* (Grupo Editorial Ibañez, Colombia:2013), 95.

2.6 Requisitos de la solicitud de 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 o pérdida del medio de prueba, ya que los Art. 328 Inc. 1º del CPCM”¹³³, “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”¹³⁴; y “si la práctica de dicha figura deberá realizarse antes de iniciar el proceso el Art. 329 Inc. 2º CPCM”¹³⁵ 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 o 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

¹³³ Se debe presentar ante el Juez la solicitud del anticipo de prueba, alegando y justificando la necesidad de su realización, haciendo referencia a la circunstancia que razonablemente llevaría a la pérdida de aquélla, sin lo cual el juez rechazará la petición.

¹³⁴ El procedimiento del anticipo de prueba, la proposición y la práctica de prueba anticipada se realizará conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Mercantil.

¹³⁵ Cuando se exijan antes de iniciarse el proceso, el solicitante deberá precisar de manera suficiente los hechos que justifican su petición y designar a la persona a quien pretenda demandar.

esta figura según el Art. 328 Inc. 1º CPCM¹³⁶, 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;”¹³⁷ 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 art. 328 CPCM¹³⁸.

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.

¹³⁶ La solicitud del anticipo de prueba, por el futuro demandante o demandado, deberá alegar y justificar la necesidad de su realización, haciendo referencia a las circunstancias que razonablemente llevarían a la pérdida de aquélla, sin lo cual el juez rechazará la petición.

¹³⁷ En cuanto a que el futuro demandado solicite el anticipo de prueba, se puede decir, que es hasta cierto punto infructuoso, debido a las circunstancias estipuladas en cuanto a la regulación de esta figura.

¹³⁸ En este caso el futuro demandante o demandado, presentará ante el juez la solicitud de anticipo de prueba, en la que deberá alegarse y justificarse la necesidad de su realización, haciendo referencia a todas las circunstancias que razonablemente llevarían a la pérdida de aquélla.

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 figura¹³⁹.

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 afirmará 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”,¹⁴⁰ en razón a esto es necesario analizar a continuación dicha figura para comprender esa posibilidad.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ 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.

“La figura de la Jactancia Art. 261 Inc. 6º CPCM”¹⁴¹, 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 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.

Al haberse 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 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.

¹⁴¹ 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.

“Una vez presentada la solicitud del Anticipo de Prueba antes de haberse iniciado el proceso el juez deberá analizarla y estimar si cumple con los formalismos esenciales exigidos en el Art. 329 Inc. 2^o¹⁴², 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. 3^o del CPCM,¹⁴³ 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.¹⁴⁴

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

¹⁴² La prueba anticipada podrá practicarse de nuevo si en el momento de la audiencia probatoria pudiera realizarse y alguna de las partes lo solicitará.

¹⁴³ La proposición de la prueba, en el cual el juez evaluará las solicitudes de las partes, declarando cuáles pruebas son admitidas o rechazadas.

¹⁴⁴ La decisión del Juez no será recurrible y las partes podrán solicitar que se haga constar en acta su disconformidad, a efecto de interponer recurso.

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.

2.7 La sana critica en la valoración de la Prueba

“La función principal de la sana critica es encontrar la verdad o llegar al menos a la certeza”; “para lograr esto hay que valorar la prueba aplicándole algunas reglas y principios¹⁴⁵”, “pero esto pasa por contraponer los conceptos de conocimiento e ignorancia, verdad y error, certeza y duda, ignorancia y error, falsedad y error; este ejercicio nos permite precisar que un conocimiento verdadero puede ser dudoso y que un conocimiento erróneo puede ser cierto”¹⁴⁶.

En cuanto a la sana crítica como un sistema de valoración de la Prueba, podemos afirmar que es la persuasión racional que implica necesariamente darle una mayor libertad al tribunal en la valoración de la prueba, pero también una mayor responsabilidad y confianza.

2.7.1 La sana critica según la doctrina

Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las

¹⁴⁵ Gámez, “El anticipo de prueba”, 92.

¹⁴⁶ Aroca, *La prueba en el proceso*, 278-279.

segundas, variables en el tiempo y en el espacio.¹⁴⁷“Las reglas de la sana crítica como, las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”¹⁴⁸.

La sana crítica configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configuran una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, para él, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano.

En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar las pruebas con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos.

“El juez que deberá decidir con arreglo a la sana razón, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente.”¹⁴⁹ Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.

“Se destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción pues este último es, aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la

¹⁴⁷ Joel González Castillo, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, n. 1 (2006): 95.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ Gámez, “El anticipo de prueba”, 74.

prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Dentro de éste método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos.

El juez no estará obligado a apoyarse en hechos probados, sino también en circunstancias que le consten aun por su saber privado; la relación entre la sana crítica y la lógica, hace ver que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Pero es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia”¹⁵⁰.

La elaboración del juez puede ser según en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea. Según los criterios siguientes.

1º “Son juicios, estos son, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico;

2º Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica;

3º No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos;

¹⁵⁰ Castillo, “La fundamentación”, 96.

4º Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar;

5º Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia¹⁵¹.

2.7.2 La sana crítica según la jurisprudencia

Es aquella que conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio. La sana crítica según la legislación al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. Valoración de la prueba¹⁵².

Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquellas que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requiere el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dará por acreditados cada uno de

¹⁵¹ Castillo, “La fundamentación”, 97.

¹⁵² Sentencia Definitiva, Referencia: INC-APEL-21-26-04-19 (El Salvador, Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente, 2019).

los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegue la sentencia. Los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados, elementos que sin discusión caracterizan por definición el sistema de la sana crítica.

“Esto es lo que contribuye el objeto de la sana crítica y la podemos definir como la investigación científica del valor probatorio de lo dicho por un testigo, un perito o de un documento presentado en juicio, para obtener el conocimiento verdadero o cierto de un hecho”¹⁵³.

La sana crítica como método de valoración de la prueba en el proceso requiere para juzgar, que se debe atender a la bondad y a la verdad de los hechos; luego, entonces, el razonamiento que atiende a estos valores debe realizarse sin vicios ni error; porque la concurrencia del vicio o del error es la negación no sólo de todo valor ético sino de la misma verdad histórica como finalidad específica del proceso.

Como el procedimiento de valoración afecta bienes e intereses extremos, tutelados por normas de derecho¹⁵⁴, el razonamiento por medio del cual el juzgador llega a la certeza para dilucidar el conflicto de intereses no puede expresarse sino en virtud de explicar los motivos que, racionalmente, llevan a la decisión que se vierte, y esta es la función de la sana crítica.

La sana crítica estará relacionada con la ideología, la lógica, la psicología y el conocimiento empírico y podría decirse que tiene por elemento material: “El acto intelectual por medio del cual el hombre obtiene el conocimiento de

¹⁵³ Alejandro Von Conta Fuchslocher, “La sana crítica”, (tesis de grado, Universidad de los Andes, 2010), 38.

¹⁵⁴ Gámez, “El anticipo de prueba”67.

los hechos o cosas; y su elemento formal: es la obtención de la verdad o al menos la certeza, por eso la sana crítica es necesaria, ya que nos desarrolla el interés por alcanzar la verdad y minimiza el temor de incurrir en el error”¹⁵⁵

¹⁵⁵ La jurisprudencia así lo ha considerado en forma más frecuente en diferentes fallos y sentencias.

CAPÍTULO III

EFFECTOS PROCESALES DEL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL

Este capítulo se desarrolla con el propósito de dar a conocer los efectos procesales del anticipo de prueba en El Salvador con el fin de identificar cuáles son los efectos que produce la diligencia para las partes procesales, sus ventajas y sus desventajas dentro del marco jurídico regulado por el Código Procesal Civil y Mercantil.

3. Efectos procesales del anticipo de prueba

“Admitida la solicitud se programará una audiencia extraordinaria previa cita de la parte contraria, en la cual se desarrollará la práctica del anticipo de prueba, esta audiencia se realizará en la sede del tribunal siempre y cuando el material probatorio pueda ser trasladado hasta dicho lugar, por ejemplo: ya sean cintas magnetofónicas, discos, dispositivos de almacenamiento externo, cintas, videos, medios audiovisuales o instrumentos que permitan archivar conocer o reproducir datos, cifras u operaciones matemáticas; pero si dicho traslado no fuere posible ya sea por no tener en su poder o debido a sus dimensiones o al estado de la cosa, no pudiera ser trasladado a la sede del órgano judicial, el juez deberá acudir al lugar en el que se encuentre la información, previa cita de partes, tal como lo establece el artículo 397 inciso 2° del Código Procesal Civil y Mercantil”¹⁵⁶; “en caso de que se necesite de un experto en la materia o técnico, el juez podrá auxiliarse de un perito, tal como se regula en el artículo 400 del CPCyM”¹⁵⁷ que reza: “Si para poner en

¹⁵⁶ Los medios de almacenamiento de información cuando la otra parte lo pidiera, se llevarán a la sede judicial.

¹⁵⁷ La necesidad de auxilio pericial, las partes de considerarlo necesario, podrán solicitar al juez la designación de un perito, a costa de quien lo propone.

práctica la grabación o duplicación se requiriese, además, de conocimiento especializado, el Juez podrá designar un perito para ese solo efecto. Se aplicará lo mismo en caso de información almacenada”¹⁵⁸

“Se levantará un acta de todo lo ocurrido en la audiencia extraordinaria juntamente con el resultado de la prueba anticipada, la cual quedará en el tribunal donde se practicó y posteriormente se incorporará al proceso futuro, esto según lo establecido en el artículo 329 del Código Procesal Civil y Mercantil”¹⁵⁹

Luego de realizado el anticipo de prueba y tal como lo regula el artículo 329 inciso 3° CPCyM: “El resultado de la prueba anticipada y el acta de la audiencia extraordinaria quedarán en el tribunal donde se hubieran practicado y se incorporarán al proceso futuro, si se iniciara en el plazo establecido en el artículo anterior”. “El legislador no estableció cual es la forma de incorporarla, si solo bastaría con la certificación o copia del resultado de la práctica. A nuestro entender debería ser únicamente la debida certificación del resultado de la práctica de la prueba, la cual se incorpore a la audiencia probatoria por medio de su lectura”¹⁶⁰

En dicho sentido el abogado de la parte interesada que solicito el anticipo de prueba debería incorporar en la demanda la certificación del acta de la prueba anticipada y su respectivo resultado, para obtener su respectivo valor probatorio, durante la audiencia probatoria

¹⁵⁸ Falcón, *Tratado de derecho*, 876.

¹⁵⁹ El procedimiento del anticipo de prueba, la proposición y la práctica de prueba anticipada se realizará conforme a lo dispuesto en este código.

¹⁶⁰ Falcón, *Tratado de derecho*, 422.

“Los efectos procesales de la Prueba anticipada”¹⁶¹ de esta manera, explica que la prueba anticipada es toda la que se hace antes de tiempo, ya que en ciertos casos la ley lo permite para evitar que la prueba se pierda.

El artículo 326 del Código Procesal Civil y Mercantil dice “que la prueba anticipada puede ser solicitada por quien sea o vaya a ser parte en un proceso y que, además, tenga motivos justificados para temer que la producción de la prueba sea imposible o dificultosa si transcurre el tiempo hasta llegar al período probatorio”¹⁶². “La producción de la prueba anticipada es procedente en tanto y en cuanto haya un temor fundado por parte de quien la pide de que la prueba se pierda o se torne muy dificultosa”, indicó.

Desde ese punto de vista, argumentó que la prueba anticipada termina siendo una herramienta garantizadora del éxito de la demostración de los antecedentes fácticos de la litis, es decir, termina garantizando que podemos demostrar los hechos que son objeto de la litis. La prueba anticipada supone admitir, excepcionalmente, la producción de la prueba antes de tiempo”, sintetizó.

De este modo, aclaró que admitir la prueba anticipada no significa que nos otorgue el derecho a, por un lado, tratar de anticipar la solución del litigio ni, por el otro, vulnerar la igualdad de las partes en el proceso. En lo que atañe al valor probatorio de la prueba anticipada, estimó que el juez la valorará con el mismo criterio con el cual va a valorar el resto de las pruebas que se produzcan en el período probatorio. “La prueba anticipada la puede pedir

¹⁶¹ Massi et. al., “Medios de prueba”.

¹⁶² La procedencia del anticipo de prueba se da cuando por las circunstancias del caso sea de temer la pérdida de un medio de prueba, sea por la situación de las personas o el estado de las cosas, que pretenda establecer la existencia de un hecho, podrá acudir al juez competente a efecto que sea practicada anticipadamente.

cualquiera de las partes, antes de interponer demanda, después de interponerla, e inclusive antes o después de trabarse la litis, pero siempre antes del período probatorio”, remarcó.

Admisibilidad de la prueba anticipada. A los efectos de resguardar las garantías de la contraparte.¹⁶³

a) “Como se trata de un régimen es de excepción”,¹⁶⁴“deberán existir motivos serios para su admisión, tales como la imposibilidad o dificultad para realizarla en el período pertinente,”¹⁶⁵“o la posibilidad de su adulteración”.¹⁶⁶“La producción de pruebas no puede desvincularse de su adecuación a las circunstancias en que habría de desarrollarse el ulterior proceso”. Nos referimos a la pertinencia y necesidad del medio probatorio requerido.

“Es de destacar que aquí juega un rol preponderante la carga de la prueba”,¹⁶⁷“vista desde la actual tesitura de la carga dinámica, y el deber de colaboración de la contraparte. En esta línea de pensamiento, su producción estará en cabeza del sujeto procesal que se encuentre en mejores

¹⁶³ Juan Manuel Hitters, “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”, *Study Lib*, acceso el 20 de marzo de 2019, <https://studylib.es/doc/5303374/analisis-prueba-anticipada-hitters>

¹⁶⁴ *Ibíd.*, 3.

¹⁶⁵ Hitters, “Análisis de la prueba”, 3.

¹⁶⁶ Para que proceda la petición anticipada de prueba documental en poder de la futura contraparte, el peticionario debe alegar y aportar elementos de juicio que autoricen a presumir la posibilidad de que se adulteren documentos.

¹⁶⁷ La situación económica de cada litigante constituye una gran ventaja en el marco del proceso, y ello se ve agravado aún más en los sistemas procesales dispositivos, en donde la carga de la prueba recae en cada parte en su propio interés. Por ello, se encontrará en mejor situación quien pueda soportar los gastos de producción de pruebas costosas y a quien no le afecte la demora judicial.

Condiciones de probar”.¹⁶⁸

Por ende, y considerando esta nueva visión probatoria, el juez deberá balancear prudentemente la actividad de cada sujeto en la litis.

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

c) El magistrado dispondrá de la prueba in audita pars, atendiendo tan solo a los fundamentos alegados (327 2º ap. CPCN), pero conforme al principio de bilateralidad o contradicción, generalmente se practica una posterior citación a la contraria, previo a su producción. En supuestos de urgencia que impidan la citación, se deberá notificar al Defensor Oficial (de Ausentes).

3.1 Efecto del Anticipo de Prueba antes de incoada la demanda

“Cuando se pretende iniciar un proceso puede pedirse la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas (por ejemplo, enfermedad o edad avanzada del testigo) o por el estado de las cosas (por ejemplo, la imposibilidad física, jurídica o económica de mantener el estado de un inmueble que amenaza con desplomarse), dichos actos no pueden realizarse en el momento procesal previsto de modo general”¹⁶⁹. En este supuesto se destacan se podrá solicitar la práctica anticipada de la diligencia probatoria por el futuro demandante, así como el posible demandado, esto según el art. 328 inc. 1º

¹⁶⁸ Hitters, “Análisis de la prueba”, 4

¹⁶⁹ Gámez, “El anticipo de prueba”, 71.

Del CPCyM¹⁷⁰ que literalmente citamos:

“El futuro demandante o demandado, o cualquiera de las partes, habrán de presentar ante el Juez competente para conocer del proceso”¹⁷¹ o que esté conociendo del mismo la solicitud del anticipo de prueba, en la que deberá alegarse y justificarse la necesidad de su realización, haciendo referencia a las circunstancias que razonablemente llevarían a la pérdida de aquella, sin lo cual el juez rechazará la petición.

“Se dirige la petición ante el Juez competente para conocer del futuro proceso, el cual de oficio vigilará su jurisdicción, competencia objetiva que se regula en el artículo 37 del CPCyM y territorial que se establece en el artículo 33 del CPCyM, sin que sea admisible la declinatoria.

El futuro actor deberá exteriorizar la persona o personas a quienes vaya dirigida la demanda, con el objeto de que dichas personas sean citadas, por lo menos con cinco días de anticipación, con el propósito de practicar la prueba. Esto lo podemos observar en el Artículo 329 inc. 2º CPC y M¹⁷² que establece: “A tal efecto, cuando se pidan antes de iniciarse el proceso, el solicitante deberá de precisar de manera suficiente los hechos que justifican su petición y designar a la persona a quien pretenda demandar que será citada con suficiente antelación para que pueda intervenir en la audiencia extraordinaria que se habrá de celebrar para tal efecto.

¹⁷⁰ Siempre y cuando se fundamente el temor de pérdida parcial o total se puede iniciar dicha diligencia claramente sometida a ciertos efectos que proceden en la diligencia de anticipo de prueba.

¹⁷¹ Gámez, “El anticipo de prueba”⁷³.

¹⁷² El actor deberá de identificar al futuro demandado con el objeto de que dichas personas sean citadas, por lo menos con cinco días de anticipación, con el propósito de practicar la prueba y para que se proteja el derecho de defensa del demandado.

El proceso al cual se hizo referencia en la solicitud debe iniciarse en un mes, como lo fundamenta el artículo 328 inc. 2º CPC y M: Si el proceso al cual tendría que incorporarse oportunamente la prueba que se está anticipando no estuviere aún en trámite, éste deberá iniciarse dentro del mes posterior a la práctica de la prueba”¹⁷³. Luego debe de interponerse la demanda, de lo contrario el acto pierde su valor probatorio, excepto que se pruebe que por fuerza mayor o por caso fortuito el proceso no se pudo iniciar dentro de ese plazo. Este ejemplo lo sustentamos con el Artículo 146 CPCyM¹⁷⁴ que citamos: Al impedido por justa causa no le corre plazo desde el momento en que se configura el impedimento y hasta su cese. Se considera justa causa la que provenga de fuerza mayor o de caso fortuito, que coloque a la parte en la imposibilidad de realizar el acto por sí mismo.

En el tribunal encargado de practicar la prueba anticipada y bajo la custodia del mismo quedaran las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones previamente practicadas como lo establece el Artículo 329 inciso 4º CPCyM¹⁷⁵: El resultado de la prueba anticipada y el acta de la audiencia extraordinaria quedarán en el tribunal donde se hubieran practicado y se incorporarán al proceso futuro, si se iniciara en el plazo establecido en el artículo anterior.

¹⁷³ Gámez, “El anticipo de prueba”76.

¹⁷⁴ Es totalmente lógico y se está de acuerdo que cuando fuere por fuerza mayor o por caso fortuito no perderá su valor probatorio el anticipo de prueba, siempre y cuando se justifique por qué precluyó el plazo.

¹⁷⁵ Será el tribunal encargado de dicha diligencia quien tendrá la custodia de las actas, los documentos y demás materiales.

3.2 Ventajas de la práctica del Anticipo de Prueba

Según autores se puede destacar como ventajas en el proceso de la realización de esta diligencia las situaciones pertinentes que ocurren dentro de la práctica como los derechos que tienen las partes según este derecho es “aquel que poseen las partes consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso, por lo que todas las pruebas pertinentes solicitadas cumpliéndose los requisitos legales, deben ser admitidas y practicadas”¹⁷⁶ es decir según los autores, la ventaja de probar así como ocurre en el anticipo busca la necesidad de probar un hecho o un suceso en cuestión

Otra ventaja y en común acuerdo es “en admitir la naturaleza probatoria del aseguramiento de la prueba y consideramos igualmente que el fundamento de este instituto se encuentra en la protección del derecho fundamental a la prueba”¹⁷⁷

Debe incluirse tanto a la prueba anticipada como al aseguramiento de la prueba en el derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes. Sin duda, debe cumplirse las herramientas necesarias para cubrir las necesidades probatorias de los particulares con carácter previo al juicio, sin las cuales ni el derecho a la prueba ni el derecho a obtener la tutela judicial efectiva podría desplegar válidamente sus efectos.

¹⁷⁶ Joan Picó Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil* (Editorial Bosch, Barcelona: 1996), 18.

¹⁷⁷ Beatriz Vallejo Gil, *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal* (Editorial Bosch, Barcelona: 2011), 48-49.

“En consecuencia, los órganos jurisdiccionales deberán efectuar una interpretación amplia y flexible, a fin de permitir la efectiva protección de las fuentes y los medios de prueba.

La interpretación restrictiva del contenido normativo regulador de la anticipación y el aseguramiento queda pues vedada, y los jueces y tribunales deberán aceptar o procurar la subsanación de los defectos procesales en que puedan incurrir los interesados en su petición o en su ejecución, siempre y cuando no se alteren las normas del procedimiento o se perjudiquen los derechos de los terceros”¹⁷⁸

“Se refiere igualmente al aseguramiento, pero no como una institución propia diferente de la anticipación, sino como una consecuencia derivada de la prueba anticipada”¹⁷⁹ En la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, el artículo 287.1 establece que: “Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes”¹⁸⁰

En este artículo se establece la legalidad o licitud de la prueba en el sentido que se vulneren los derechos fundamentales para su obtención, es decir tiene un enfoque diferente pues se basa en que si para la obtención de la prueba se haya vulnerado algún derecho fundamental, lo que aplica a lo regulado por el artículo 11 de nuestra Constitución

¹⁷⁸ Joan Picó Junoy y Xavier Abel Lluch, *Problemas actuales de la prueba civil* (Editorial Bosch, Barcelona: 2004), 31.

¹⁷⁹ José Lorca García, *Derecho procesal civil: parte general* (Editorial Gráficas Cifra, Madrid: 1972), 248.

¹⁸⁰ CNJ, “Código Procesal Civil”, 360.

donde se establece la garantía de debido proceso como ventaja se da a clarificar lo que es la veracidad y la licitud de la prueba oportuna.

Una ventaja que estipula la práctica del anticipo de prueba como tal y ligada a lo que es el objeto de prueba como se menciona es que “el objeto de prueba se limita a los hechos afirmados por los litigantes en la debida oportunidad procesal, es decir con la presentación de la demanda como lo establece el artículo 276 ordinal 9º del CPCyM, toda vez que los que han sido alegados no puedan ser materia de acreditación” como ventaja de presentar y asegurar la prueba en la oportunidad procesal pertinente para que el objeto del proceso tenga una mejor garantía hacia las partes.

Una ventaja favorable es que las partes están a cargo de la carga probatoria “ la carga de la prueba importa la conveniencia para las partes de producir determinada prueba y su inobservancia puede conducir al pronunciamiento de una sentencia desfavorable, excepto que dicha prueba haya sido producida por iniciativa de otra parte o por el juez”¹⁸¹ concluyendo que el anticipo de prueba como tal da a las partes de probar el hecho todo y cuando este tenga coherencia y licitud aparte de su debida fundamentación de no ser así podría incurrir en una sentencia no deseada para alguno de los interesados.

Como consecuencia del anticipo de prueba de surgir un hecho que se pueda dar convicción al proceso surge la necesidad de probar el hecho, por lo tanto queda a la parte que desea probar la necesidad de aportar por “ende la necesidad de probar surge en el proceso siempre que existan hechos sustanciales y pertinentes controvertidos, esto es, si aquellos que sirven

¹⁸¹ Arazi, *La prueba en el proceso*, 87.

de fundamento a la demanda o en que se apoya la excepción son: Contradichos por la otra parte”¹⁸²

El anticipo de prueba consiste en “la práctica de cualquier medio de prueba en momento anterior al proceso ante el temor que la fuente propia del mismo desaparezca, haciendo imposible su aportación al proceso”¹⁸³ es decir la ventaja de probar el hecho antes que la prueba desaparezca o se extinga totalmente.

Íntimamente ligado se encuentra como ventaja el aseguramiento de la prueba en el cual según el aseguramiento de la prueba, protege directamente la fuente de prueba que, puede destruirse o desaparecer, sin importar el medio de prueba de que se trate que pudiera servir para traer esa fuente de información ante el Juez. El aseguramiento trata de preservar la fuente de prueba pero sin llegar a producir el medio. La procedencia del aseguramiento tiene lugar cuando las fuentes de prueba se ven en riesgo por factores ajenos a ellas y el anticipo de prueba el riesgo proviene de ellas mismas al establecer la Ley que este dependerá de la situación de las personas o el estado de las cosas, tal como lo establece el artículo 326 del CPCyM.

Con la finalidad del anticipo de prueba se genera ventaja, “podemos decir que la finalidad del anticipo de prueba es adquirir una fuente o producir un medio de prueba cuando se estime con verosimilitud suficiente que en el momento procesal oportuno resulte ello imposible o de muy difícil realización”¹⁸⁴ es decir que se extrae la prueba en el

¹⁸² Peña, *Estudios de derecho*, 34.

¹⁸³ Aroca, *La prueba en el proceso*, 225.

¹⁸⁴ Falcón, *Tratado de derecho*, 861.

momento que esta se necesite o se vea en una limitante según lo establece el código.

Se entiende dicho que la finalidad de la actividad probatoria consiste en “crear la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados en las alegaciones procesales. También se puntualizó que dicha actividad incumbe primordialmente a las partes, sobre quienes pesa, en consecuencia, la carga de incorporar al proceso, a través de los medios correspondientes, los datos susceptibles de cotejarse con aquellos hechos”¹⁸⁵

Esa actividad de las partes no implica un deber de probar, sino que es una carga, esto es el peso sobre el cual recae sobre cada una de ellas, que toma sobre si el riesgo de la prueba y sufren las consecuencias que le deparen su inactividad, pues se expone a una derrota en la litis, al rechazo de su pretensión o de su excepción.

“La necesidad de probar surge en el proceso siempre que existan hechos sustanciales y pertinentes controvertidos, esto es, si aquellos que sirven de fundamento a la demanda o en que se apoya la excepción son contradichos por la otra parte. Pues si el demandado acepta llanamente, las peticiones del actor, o si en sus escritos no contradice en materia substancial y pertinente los hechos sobre los que versa el juicio, se produce el allanamiento”¹⁸⁶

Relacionado íntimamente como ventajas del anticipo de prueba en sentido estricto y caracterizando a la sana crítica como características

¹⁸⁵ Lino Enrique Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, 17ª ed. (Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina: 2003), 26.

¹⁸⁶ Peña, *Estudios de derecho*,34.

fundamentales de este sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba; de modo que el Juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. “Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de libertad probatoria¹⁸⁷, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. Surge de ello, que el sistema va mucho más allá de la “sana crítica”, lo cual solo alude a una de sus características referente al modo de apreciar el mérito de la prueba”¹⁸⁸

3.3 Efectos negativos del Anticipo de Prueba en el Proceso Civil y Mercantil

Dichos efectos negativos, que sea un acto definitivo e irreproducible, que no permita dilación, no se cumple ya que es solicitada una determinada diligencia por cualesquiera de las partes como anticipo de prueba y no se reúnen los requisitos, sin embargo el juez la autoriza, es impugnada en el momento de su realización por la parte que no está de acuerdo sin embargo el juez la lleva a cabo sin medir las consecuencias que esto conlleva en

¹⁸⁷ Se podría decir que el principio de la libertad probatoria es el que en derecho procesal permite probar mediante cualquier medio que sea pertinente y verdadero, en cuya virtud el juzgador puede construir la verdad procesal con elementos de prueba legalmente aportados.

¹⁸⁸ José Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal con especial referencia a la Ley 23.948*, 3ªed. (Editorial Depalma, Buenos Aires: 1998), 48-49.

muchas ocasiones, en los memoriales no se adjunta el documento o documentos que justifican su realización como tampoco se justifica que la diligencia tenga carácter de definitivo e irreproducible y que sea un acto difícil de superar. No obstante haber sido impugnada en la propia diligencia, nuevamente en la fase intermedia, en donde se realiza la audiencia de apertura a juicio, vuelve a ser impugnada más, sin embargo, es hasta en el debate cuando la prueba es valorada y que el tribunal de sentencia determina, si se le debe dar valor probatorio a la misma para concluir con la sentencia¹⁸⁹.

El grave problema que existe es que muchas veces no se miden consecuencias y puede llegarse al extremo que una persona sea inocente y por mala práctica de diligencia como ésta puede salir afectada ya sea la víctima en donde se absuelva a un culpable o se condene a un inocente, ya que si la prueba es única y ésta ha sido obtenida de forma viciada el tribunal de sentencia no le dará valor probatorio a la misma, sufriendose así un desgaste de tiempo y de recurso económico que posteriormente traería consecuencias graves a cualesquiera de las partes afectadas¹⁹⁰.

El procesado ya tiene abogado defensor de su confianza y al no presentarse cuando se realiza un anticipo de prueba, el juzgado contralor procede a citar a un defensor público para que esté presente en la diligencia, no obstante este oponerse a su presencia en las diligencia argumentando que no es el abogado del sindicado, el juzgado siempre la realiza, sin agotarse la vía para dar por abandonada la defensa del imputado violándose así el debido proceso y autorizando a alguien que no conoce el caso a estar presente,

¹⁸⁹ Falcón, *Tratado de derecho*,422.

¹⁹⁰ Massi et. al., "Medios de prueba".

vulnerándose el derecho que el procesado tiene de tener un abogado de su confianza.

También se da otra circunstancia que existiendo una orden de aprehensión pendiente y habiéndose solicitado un anticipo de prueba para una de las personas que se encuentra detenida, el juez la realiza y sin nombrarle un abogado de oficio al que tiene pendiente orden de aprehensión violándose el debido proceso ya que la ley lo tiene contemplado y los jueces no lo cumplen.

Se realiza una diligencia como anticipo de prueba y no tiene la calidad ni de acto irreproducible, ni de definitivo mucho menos que sea una diligencia que no permita dilación, más sin embargo el juez la autoriza y la realiza. Haciendo un análisis de los casos ya mencionados en cada uno de ellos se ha violado el debido proceso ya que se han realizado las diferentes diligencias en el proceso no cumpliendo con lo establecido en el Código Procesal¹⁹¹.

Otro extremo que es importante acreditar es que el problema se da en la fase preparatoria y el que la realiza es el juez de primera instancia o juez de paz dependiendo de las circunstancias, no así en el tribunal de sentencia en donde ya no es posible que se de este tipo de problemas porque es el tribunal el que la realiza cumpliendo con todos los principios del juicio.

¹⁹¹ En el caso de que se esté violando el debido proceso y las diligencias no cumplan con lo establecido en el código podría existir un rechazo de la prueba ya que esta debe de ser pertinente y útil.

3.4 Efectos negativos del Anticipo de Prueba para las partes procesales

En el desarrollo de este apartado existen diferentes efectos de carácter negativo que influyen en las partes procesales por ello es que resulta dar a conocer por medio de este cuales son esos efectos en los cuales las partes incurrir por medio de los concedores de la materia Procesal Civil y Mercantil.

“El juez practicará el acto, si lo considera admisible formalmente, citando a todas las partes, quienes tendrán derecho a asistir con las facultades previstas respecto de su intervención en el debate”¹⁹².Indefensión procesal: “Si, por la naturaleza del acto, la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elementos de prueba, el juez practicará la citación de las partes a manera de evitar este peligro, procurando no afectar las facultades atribuidas a ellas.

El solicitante deberá precisar de manera suficiente los hechos que justifican su petición y designar a la persona a quien pretenda demandar, que será citada con suficiente antelación para que pueda intervenir en la audiencia extraordinaria que se habrá de celebrar para tal efecto¹⁹³”.

“Ya que podría incurrirse en ese efecto negativo para alguna de las partes consistente en falta de citación para el desarrollo de la audiencia generándose así indefensión procesal para las partes. (Futuro demandante o demandado)

¹⁹² El juez si lo considera admisible practicará dicha diligencia de lo contrario podrá rechazar por no cumplir con los requisitos que previamente establece la ley como los son: justificación concreta del porque practicar dicha diligencia, en todo caso tendría que ser por temor de pérdida total o parcial de la prueba.

¹⁹³ Gámez, “El anticipo de prueba”, 77.

Pérdida total o parcial de la prueba cuando existiere peligro inminente de pérdida de elemento probatorio, se podrá solicitar al juez competente que realice dicho anticipo 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.

De esa forma no incurrir en pérdida total o parcial y generar un agravio para las partes procesales al no poder producir sus medios de prueba por el estado de las personas o de las cosas con inminente peligro de extinción”¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Díaz, *La prueba anticipada*, 27.

CONCLUSIONES

El Anticipo de Prueba es una excepción justificada, 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 una forma anormal dentro de la actividad procesal ordinaria, con el fin que medio pueda practicarse.

La práctica del Anticipo de Prueba es admisible respecto de aquellos medios que nuestro Código procesal Civil y Mercantil regla siempre y cuando sea una prueba legal, lícita, útil y pertinente según el Art.327 inciso primero del CPCyM, todo ello siguiendo con los procedimientos establecidos para la admisión de cada medio de prueba en el proceso ordinario.

Con el procedimiento de Anticipo de prueba tal como está regulado en el CPCyM no se vulneran los principios de igualdad de las partes, de contradicción ni el derecho de defensa, pues es necesario para su procedencia, que quien lo solicite identifique a su futura contraparte señalando lugar o lugares donde pueda ser citado para que este pueda asistir a la práctica de la Diligencia que se llevará a cabo para la producción del Anticipo de Prueba.

La prueba anticipada se fundamenta en el temor de que por causa de las personas o por el estado de las cosas, el acto de la prueba no pueda realizarse en el momento procesal oportuno, pero cuando dichos temores puedan sean susceptibles de evitarse mediante medidas de preservación, ante las actuaciones indicadas puede realizarse el aseguramiento de la prueba en lugar de la prueba anticipada.

El anticipo de prueba es aplicable a todos los medios de prueba establecidos por el Código Procesal Civil y Mercantil, pero establece ciertas condiciones de procedencia para la práctica de la prueba instrumental, ya que establece que es necesario que exista un proceso en el cual estos se hayan propuesto y se tema su ocultación o destrucción.

FUENTES DE INFORMACIÓN

LIBROS

Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal, civil y comercial*. Editorial Ediar, Argentina: 1963.

Arazi, Roland, *La prueba en el proceso civil, teoría y práctica*. Editorial La Roca, Argentina: 2001.

Asencio Mellado, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Editorial Trivium, Madrid: 1989.

Azula Camacho, Jaime, *Manual de derecho procesal civil*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia: 1997.

Betancur Jaramillo, Carlos, *De la prueba judicial*. Editorial DIKE, Bogotá, Colombia: 1982.

Cafferata Nores, José, *La prueba en el proceso penal con especial referencia a la Ley 23.948*. Editorial Depalma, Buenos Aires: 1998.

De Santo, Víctor, *La prueba judicial, teoría y práctica*. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina: 1992.

Devis Echandía, Hernando, *Compendio de derecho procesal*. Editorial ABC, Bogotá, Colombia: 1984.

Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*. Editorial Temis, Colombia: 2006.

Di Iorio, Alfredo Jorge, *Prueba anticipada*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina: 1970.

Díaz, Álvaro Paul, *La prueba anticipada en el proceso civil*. Editorial Lexis Nexis, Chile: 2006.

Dorantes Tamayo, Luis, *Teoría del proceso*. Editorial Porrúa, México: 2005.

D'ors, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*. Editorial Eunsa, España: 1992.

Escribano Mora, Fernando, *La prueba en el proceso civil*. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador: 2001.

Falcón, Enrique Manuel, *Procesos de conocimientos*. Editorial Rubinzal Culzoni, España: 2000.

Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de derecho procesal civil y comercial. Avatares de la demanda, oposición y prueba*. Editorial Rubinzal-Culzoni, España: 2006.

Garberí Llobregat, José, Torres Fernández de Sevilla, José María y Casero Linares, Luís, *Las medidas cautelares en la ley de enjuiciamiento civil*. Editorial Aranzadi, España: 2012.

Gascón Abellán, Marina, *El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita, Estudios sobre la prueba*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México: 2011.

Guasp Delgado, Jaime, *Derecho procesal civil*. Editorial del Instituto de Estudios Políticos, Madrid: 1961.

Kielmanovich, Jorge, *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Editorial Rubinzal-Culzoni, España: 2010.

Lara Velado, Roberto, *Introducción al estudio del derecho mercantil*. Editorial Universitaria, El Salvador: 1969.

Levaggi, Abelardo, *Historia de la prueba en el proceso civil indiano y argentino*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina: 1974.

Levene, Ricardo, *Manual de derecho procesal penal*. Editorial Plus Ultra, Argentina: 1975.

López López, Enrique y Gutiérrez Alviz Conradi, Faustino, *Derechos procesales fundamentales*. Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 2005.

Lorca García, José, *Derecho procesal civil: parte general*. Editorial Gráficas Cifra, Madrid: 1972.

Montero Aroca, Juan, *El nuevo proceso civil*. Editorial Tiran Lo Blanch, Madrid, España: 2001.

Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, editorial Civitas, Madrid, España: 1998.

Morales Rivera, Rodrigo, *Las pruebas en el derecho venezolano*. Editorial Jurídica Rincón, Venezuela: 2006.

Morello, Augusto Mario, *La prueba, tendencias modernas*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires: 2007.

Ortells Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*. Editorial La Ley, Madrid: 2010.

Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*. Editorial Harla, México: 1989.

Pailas Peña, Enrique, *Estudios de derecho probatorio*. Jurídica de Chile, Santiago, Chile: 1991.

Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina: 2003.

Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*. Editorial librería del profesional, Santafé de Bogotá, Colombia: 1998.

Picó Junoy, Joan y Abel Lluch, Xavier, *Problemas actuales de la prueba civil*. Editorial Bosch, Barcelona: 2004.

Picó Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Editorial Bosch, Barcelona: 1996.

Rocha Alvira, Antonio, *De la prueba en derecho*. Grupo Editorial Ibañez, Colombia: 2013.

Sendra, Vicente Gimeno, *Derecho procesal civil*. Editorial Colex, Madrid, España: 2005.

Vallejo Gil, Beatriz, *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, Editorial Bosch, Barcelona: 2011.

Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*. Editorial Temis, Colombia: 2006.

TESIS

Castillo Díaz, Maximiliano Antonio y Díaz Alfaro, Giovanny Darío, “Estudio sobre efectividad de los medios probatorios regulados en el código procesal civil y mercantil en el derecho sustantivo mercantil”. Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2011.

Flores Benítez, Oscar Alejandro, Lisandro Membreño Membreño, Manuel y Vásquez Meza, German Guadalupe, “El anticipo de prueba en el código procesal civil y mercantil”. Tesis de grado, Universidad de El Salvador. 2011.

Gómez Nolasco, Mónica Alejandra y Vázquez Alvarado, Ciro Josué, “El anticipo de prueba y su eficacia en el proceso civil”. Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2010.

Hernández García, Irma Marisol, Puente Echegoyén, Wendy Raquel y Sandoval Gámez, Adriana María, “El anticipo de prueba y su eficacia en el proceso civil”. Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2011.

Varela Coto, Salvador, “Jurisdicción y competencia”. Tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 1983.

Von Conta Fuchslocher, Alejandro, “La sana crítica”. Tesis de grado, Universidad de los Andes, 2010.

LEGISLACIÓN

Código de Procedimientos Civiles. El Salvador, Poder Ejecutivo, 1881.

Código Procesal Civil y Mercantil. El Salvador, Asamblea Legislativa, 2008.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de Amparo, Referencia: 296-2007. El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2019.

Sentencia Definitiva, Referencia: INC-APEL-21-26-04-19. El Salvador, Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente, 2019.

FUENTES INSTITUCIONALES

Consejo General del Poder Judicial “Las medidas cautelares y los recursos”, interpretado por José Francisco Valls Gombau. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid: 2000.

Consejo Nacional de la Judicatura CNJ, “Código Procesal Civil y Mercantil Comentado”, interpretado por Juan Carlos Cabañas García, Oscar Antonio Canales Cisco y Santiago Garderes Gasparri. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, El Salvador, 2016.

REVISTAS

González Castillo, Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, n. 1 (2006): 93-107.

León Tirado, Pilar, “Principios del proceso en la ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000”, *Revista Actualidad Civil*, n. 3 (2001): 797-816.

Miranda Estrampes, Manuel, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista catalana de seguretat pública*, n. 22 (2010): 131-151.

DICCIONARIOS

Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho usual. Editorial Heliasta, Argentina: 1993.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Alcala Zamora y Castillo, Niceto, “Anteproyecto que reforma el régimen de la prueba en el código de procedimientos de Honduras”. *Doc Player*, acceso el 12 de febrero de 2019, 380. <https://docplayer.es/87520383-Anteproyecto-que-reforma-el-regimen-de-la-prueba-en-el-codigo-de-procedimientos-de-honduras.html>

Di Massi, Gerardo y otros, “Medios de prueba en el proceso civil”, *Derecho al día*, 29 de mayo de 2014, <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/medios-de-prueba-en-el-proceso-civil/+5210>

Hitters, Juan Manuel, “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”, *StudyLib*, acceso el 20 de marzo de 2019, <https://studylib.es/doc/5303374/analisis-prueba-anticipada-hitters>