

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2010
PLAN 1993**



“EL ANTICIPO DE PRUEBA Y SU EFICACIA EN EL PROCESO CIVIL”

**TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:

**IRMA MARISOL HERNANDEZ GARCIA
WENDY RAQUEL PUENTE ECHEGOYEN
ADRIANA MARIA SANDOVAL GAMEZ**

**LIC. NAPOLEON ARMANDO DOMINGUEZ RUANO.
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO DE 2011.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ

RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS

VICERRECTOR ACADEMICO

LICENCIADO OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ

SECRETARIA GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIA SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES

DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS

SECRETARIO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO

DIRECTOR ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LICENCIADO NAPOLEON ARMANDO DOMINGUEZ RUANO

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

Concerto in A Minor
1st Movement

協奏曲 イ短調 第1楽章

A. Vivaldi
ビバルディ

Allegro

1
Tutti
V
f
1
3 2 1
2 1
0 3 2 1 4
2 0 V 0 3
4
2
4
7
4
V
sfz
10
Solo
V
mf
13
1
1
martellato
p dolce
16
3
0 0
b 4
3 2 3 1 2 3 1 2
3 2 1 1
V 1 1 3 2 1 1
p
19
Tutti
V
f
martellato
22
Solo
p dolce p
25
p p p p
V V

Concerto en la mineur, 1^{er} mouvement Konzert in A-Moll, Erster Satz
Concierto en la menor, 1^{er} movimiento

IRMA MARISOL HERNANDEZ GARCIA

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODOPODEROSO, por haberme amado tanto, por permitirme la culminación de mi carrera, por la sabiduría y paciencia que me dio durante este proceso.-

A MIS PADRES, por su ejemplo, comprensión, consejos y apoyo durante toda mi carrera, ya que sin ellos no hubiese podido culminar con éxito este proceso.-

A MIS HERMANOS, CUÑADA Y DEMAS FAMILIA, por su apoyo y animo en todo momento.-

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS Y AMIGAS DEL ALMA, por su comprensión y aguante durante todos los momentos difíciles, ¡se les quiere mucho niñas!.-

A TODOS MIS AMIGOS Y AMIGAS, gracias por todo!!!!

A MI ASESOR DE TESIS, por su guía y consejos metodológicos en la elaboración del trabajo de investigación.-

AL DOCTOR JOSE ANTONIO MARTINEZ, por haber sido un gran docente y haberme enseñado muchas cosas, también por su apoyo y colaboración durante la elaboración de esta tesis.-

WENDY RAQUEL PUENTE ECHEGOYEN.-

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, por darme sabiduría, perseverancia, consejo y fortaleza que me permitieron realizar con éxito mi trabajo de graduación, y por todas las bendiciones que ha puesto en mi vida y la de mi familia.

A MI MAMÁ y A MI PAPÁ, por todo su esfuerzo, sacrificio, dedicación y apoyo que me han brindado durante toda mi vida y en especial en mi carrera.

A MI HERMANITA, por apoyarme en los momentos que más lo he necesitado y por animarme a seguir adelante.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS, gracias por su apoyo, por su comprensión y por haber compartido los buenos momentos y algunos difíciles que superamos para culminar este trabajo.

A TODAS MIS AMIGAS Y AMIGOS, gracias por su apoyo.

A MI ASESOR y AL DOCTOR MARTINEZ, con mucho respeto y admiración, gracias.

ADRIANA MARIA SANDOVAL GAMEZ.

Contenido

INTRODUCCION.....	i
OBJETIVOS	iii
CAPITULO I	
1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ANTICIPO DE PRUEBA.....	1
1.1 REFERENCIA HISTORICA DE LA PRUEBA.....	1
1.1.1 GRECIA	1
1.1.2 DERECHO ROMANO.....	3
1.1.3 DERECHO GERMANO	7
1.1.4 DERECHO CANONICO.	11
1.1.5 EL PROCESO ESPAÑOL:.....	12
1.1.6 EI PROCESO INDIANO.	14
1.2 REFERENCIA HISTORICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA.....	16
1.3 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO	19
CAPITULO II	
2. EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL DERECHO COMPARADO.	23
2.1 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL CODIGO PROCESAL PENAL VIGENTE.	23
2.2 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN AMERICA LATINA.....	26
2.2.1 LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE:..	26
2.2.2. LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA LEGISLACION ARGENTINA.....	30
2.2.3 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION URUGUAYA.....	32
2.2.4 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION PERUANA.	34
2.2.5 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.....	36
2.3. EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EUROPA	38
2.3.1EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION ALEMANA.	38
2.3.2 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION FRANCESA.....	40
2.3.3 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.....	41

CAPITULO III

3. TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA.....	44
3.1 DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA.....	44
3.1 .1 DEFINICIÓN DE PRUEBA.....	44
3.1.2 CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA.	46
3.2 ÓRGANO, MEDIO, FUENTE Y OBJETO DE PRUEBA.....	50
3.2.1 ÓRGANO PRUEBA	50
3.2.2 MEDIO DE PRUEBA	51
3.2.3 FUENTE DE PRUEBA.....	52
3.2.4 OBJETO DE PRUEBA.....	53
3.2.4 DISTINCIÓN ENTRE MEDIO, FUENTE, ORGANO Y OBJETO DE PRUEBA.....	56
3.3 MEDIOS DE PRUEBA CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.....	58
3.3.1 PRUEBA DOCUMENTAL:	59
3.3.2 PRUEBA TESTIMONIAL:.....	61
2.3.3 DECLARACIÓN DE PARTE:	62
3.3.4 PRUEBA PERICIAL.....	63
3.3.5 RECONOCIMIENTO JUDICIAL.	65
3.3.6 MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DEL SONIDO, VOZ O DE LA IMAGEN Y ALMACENAMIENTO DE INFORMACIÓN.	66
3.4 LA CARGA DE LA PRUEBA.....	69
3.4.1 ONUS PROBANDI	70
3.4.2 CONCEPTO	70
3.4.3 LA CARGA DE LA PRUEBA COMO DEBER, COMO DERECHO O COMO FACULTAD.	72
3.4.4 REGLAS SOBRE LA CARGA PROBATORIA.....	73
3.5 SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	75
3.5.1 PRUEBA TASADA (PRUEBA LEGAL).	77
3.5.2 SISTEMA DE LA ÍNTIMA CONVICCIÓN.	78

3.5.3 SISTEMA DE SANA CRITICA (LIBRE CONVICCIÓN).....	80
CAPITULO IV	
4 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.	82
4.1 DEFINICIÓN DE ANTICIPO DE PRUEBA.	82
4.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL ANTICIPO DE PRUEBA.	83
4.3 FINALIDAD DEL ANTICIPO DE PRUEBA.	83
4.4 OBJETO DEL ANTICIPO DE PRUEBA.....	85
4.5 CARACTERÍSTICAS DEL ANTICIPO DE PRUEBA.	85
4.6 PRESUPUESTOS BASICOS DEL ANTICIPO DE PRUEBA.....	87
4.7 FORMA DE PROCEDER EN EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.....	89
4.7.1 EL ANTICIPO DE PRUEBA ANTES DE INCOADA LA DEMANDA....	91
4.7.2 SOLICITUD DEL ANTICIPO DE PRUEBA CON LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Y ANTES DE LA AUDIENCIA PROBATORIA.....	93
4.8 MEDIOS DE PRUEBA QUE PUEDEN ANTICIPARSE.....	95
4.8.1 ANTICIPO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL.....	95
4.8.2 ANTICIPO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.....	98
4.8.3 EL ANTICIPO DE LA PRUEBA PERICIAL.	100
4.8.4 ANTICIPO DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL.	101
4.8.5 ANTICIPO DE LA DECLARACIÓN DE PARTE.	103
4.8.6 EL ANTICIPO DE LOS MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DEL SONIDO, VOZ O DE LA IMAGEN Y ALMACENAMIENTO DE INFORMACIÓN.	104
4.9 INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN AUDIENCIA PROBATORIA.	107
CAPITULO V	
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	108
5.1 CONCLUSIONES	108
5.2 RECOMENDACIONES	110
BIBLIOGRAFIA:.....	112
LEGISLACION:.....	116

INTRODUCCION

El presente documento contiene la investigación bibliográfica sobre el tema “El Anticipo de Prueba y su Eficacia en el Proceso Civil”.

Dicha investigación está compuesta por cinco capítulos, en los cuales desarrollamos el tema del “Anticipo de Prueba y su Eficacia en el Proceso Civil”; en el capítulo Uno, los antecedentes históricos del aprueba, haciendo referencia a sus orígenes en las sociedades primitivas hasta la actualidad, así mismo establecemos los inicios del Anticipo de Prueba en El Salvador tanto en materia civil como en el área penal.

En cuanto al derecho comparado, el cual se desarrolla en el capítulo Dos; que iniciamos haciendo una breve referencia de cómo se regula el Anticipo de Prueba en el Código Procesal Penal vigente; también citamos países de América Latina y Europa en los cuales está regulada en sus respectivas legislaciones, la figura del Anticipo de Prueba en el proceso Civil y se rigen por un proceso donde prevalece la oralidad.

En el Tercer Capítulo, explicamos de manera breve lo que respecta a la Teoría General de la Prueba, la cual engloba desde el concepto de prueba, sus características, sistemas de valoración y los medios de Prueba, especialmente aquellos comprendidos en el Código Procesal Civil y Mercantil.

El procedimiento de Anticipo de Prueba, sus características, finalidad, objeto, el momento procesal en el cual puede proceder dicha figura, requisitos de la solicitud de Anticipo de Prueba para cada uno de los medios de Prueba

regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil y su incorporación en Audiencia Probatoria lo desarrollamos en el Capítulo Cuatro.

Por último, en el Capítulo Cinco se encuentran las Conclusiones y Recomendaciones que se originaron luego de realizar la presente investigación bibliográfica. Además se agrega la bibliografía que se utilizó para la investigación del tema.

OBJETIVOS

General:

- Presentar un estudio sobre la eficacia del procedimiento del Anticipo de Prueba en el proceso Civil.

Específicos:

- Identificar en el derecho comparado el procedimiento sobre el anticipo de prueba en materia Civil.
- Establecer los requisitos a cumplir en caso de solicitar el anticipo de prueba.
- Establecer el procedimiento del Anticipo de prueba ante el Juez competente.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

1.1 REFERENCIA HISTORICA DE LA PRUEBA

1.1.1 GRECIA

Al hacer referencias de la historia de la prueba anticipada es necesario hacer un breve análisis de su origen y evolución de la prueba dentro del derecho procesal; comenzaremos estableciendo que 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. 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 irregularidad¹.*

El proceso en Grecia, según Azula Camacho se apreciaba un sistema regulador del proceso propiamente dicho, que corresponde a un grado

¹ Ejemplo citado por Falcón, Enrique M. **Tratado de la Prueba Civil**. Editorial Astrea. 2003 Buenos Airespág. 38

avanzado de cultura y en el que puede observarse la democratización y publicidad en la administración de la justicia Griega.²

Las principales características del proceso griego, tanto penal como civil, era de ser de carácter público y oral³ y la composición de su órgano jurisdiccional de forma *especializada* según su materia; y la *colegialidad* de sus Tribunales por estar atendido por pluralidad de personas.

Los Tribunales Penales eran: *La Asamblea del Pueblo*, quien tenía poder sobre los demás Tribunales, tenía competencia en los delitos políticos; los *Areópagos*, los componían más o menos cincuenta personas, quienes habían desempeñado cargo de arconte o presidente de la Asamblea del pueblo, este tribunal deliberaba de noche y su competencia se limitaba a pocos delitos sancionados con pena de muerte como por ejemplo: homicidio premeditado, envenenamiento, incendio; el *Tribunal de los Esphetas*, sus miembros eran elegidos por sorteo anualmente entre los senadores, correspondía a estos conocer los homicidios voluntarios y no premeditados⁴.

El *Phrintaneo*, era el tribunal encargado de conocer de las causas civiles, estaba compuesto por hasta quinientos miembros. Existía también el Tribunal de los *Heliastas*, al cual le correspondía conocer de las causas civiles y penales, que no estuvieran asignadas a otros tribunales especializados, estaba compuesto aproximadamente por seis mil miembros

² Azula Camacho, Jaime. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Tomo I, Sexta Edición. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia. 1997, Pág. 85 y 86. Así citado por Ferman, Roberto Carlos y Otros. **Eficacia del Principio De Oralidad En La Agilidad Del Proceso de familia**, Tesis, UES, 2005

³Levene, Ricardo. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Tercera Edición. Editorial Plus Ultra. 1975. Argentina. Pág. 31

⁴ *Ibíd*em Pág. 32

de buena reputación, no tenían que ser deudores del fisco, y su sede era la Plaza Pública.

1.1.2 DERECHO ROMANO

En Roma, la cual muchos consideran la cuna del derecho procesal, se establecen dos momentos históricos, el primero comprendido desde los orígenes del Imperio hasta el Siglo I A.C el cual fue conocido como *Ordu PrivatorunJudiciorum*⁵; la prueba fue puramente testimonial, sometiéndose a los dioses por medio de juramento, luego se incorporaron los documentos y el reconocimiento personal del juez; Este periodo conocido también como el sistema de procedimientos privados, se divide en dos grandes etapas las cuales son: Las acciones de la Ley y el Proceso Formulario. En el segundo momento histórico de Roma en el Siglo III D.C. se establece el Proceso Extraordinario⁶ con la entronización de la función judicial en el Estado lo que llevó al juez a tener facultades de interrogación directa mucho más extensas⁷.

1.1.2.1 ORDU PRIVATORUN JUDICIORUM

Una de las características más importantes de las acciones de Ley y el procedimiento de formularios es la división de dos fases; la primera de ella es ante el magistrado o el procedimiento llamado *in iure*, asimismo las partes exponen sus pretensiones, se establece la naturaleza del derecho alegado y se nombra un Juez para que conozca de la segunda fase que es la de hecho o la *apudiudicen*, donde las partes se someten al fallo o laudo que el Juez

⁵ Falcón. Enrique M. **Procesos de conocimientos**, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, 2000, Pág.22

⁶ *Ibidem* Pág.22

⁷ Ob. Cit, Falcón, **Tratado de la Prueba Civil**. Editorial Astrea. 2003. Buenos Aires, Págs. 44-46

emita. Las Acciones de Ley⁸ donde todo era muy ritualista y en extremo solemne para la obtención de los derechos, los litigantes debían de formular sus peticiones con palabras rigurosas las cuales eran establecidas de manera previa, si cometían algún error en cuanto a la escritura⁹ esto podría causar la pérdida del pleito. Las Acciones de Ley solo procedían para los ciudadanos romanos; con la LexEbutia se sustituyeron las acciones de ley por la práctica de fórmulas, que eran más sencillas pues eran breves escritos que las partes presentaban¹⁰, de este podían hacer uso los extranjeros, también se incluía el derecho de gentes¹¹ al Derecho Romano Civil.

Además de las controversias entre partes, en las Acciones de Ley y el Procedimiento de Formulario; existían actuaciones fuera del juicio las cuales requerían actuaciones especiales de los magistrados en ciertos casos como el de los *interdictos*; órdenes del pretor para evitar una acción o para obligar una restitución o para ordenar una obligación, las misiones *in possessionem*; consistían en poner a disposición los bienes de personas en situaciones especiales o del fallecido en personas determinadas con facultades diversas, estas acciones podían afectar de manera parcial o totalmente los bienes, también se mencionan las *estipulaciones pretorianas*; que eran celebradas

⁸ Las *LegisActione* eran cinco las primeras tres – la acción por sacramento, la *judicispostulatio* y la *condictio*, eran por las cuales se podía entablar un juicio y obtener una decisión judicial, las otras la *pignoriscarpio* y la *manusinjectio*, constituían la vía ejecutiva o de apremio, estas tenían por objeto obligar al demandado a comparecer ante la justicia.

⁹ Las fórmulas que utilizaban eran secretas para el litigante, estos acudían a los sacerdotes quienes eran los guardadores de los secretos jurídicos por ser los primeros juristas de la Antigua Roma, además daban asesoramiento al momento del juicio.

¹⁰El procedimiento de formulario se caracterizaba asimismo en que los juristas eran quienes asesoraban a las partes.

¹¹“Colección de Leyes y costumbres reguladoras de las relaciones e intereses de los diversas naciones en cuyo caso es sinónimo del Derecho Internacional Público” Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo III**. Editorial Heliasta. Vigésima Sexta Edición. Pág. 120

ante el pretor¹² para asegurar el resultado de un juicio o asegurar la comparecencia al juicio.

1.1.2.2 EL PROCESO EXTRAORDINARIO

En este periodo comprendido desde el siglo III D.C hasta la caída del imperio romano, se establece solo una etapa del proceso, es solamente ante el juez que las partes exponen sus pretensiones; este es el que dirimirá el conflicto.

Podemos desglosar el proceso extraordinario de la siguiente forma: se realiza una citación, la cual se convierte en un escrito de demanda; que se le hacía saber al demandado de forma privada, por orden judicial o por edictos que eran colocados en las paredes de la plaza de las ciudades, en donde se le hacía saber que debía presentarse al juicio en un tiempo determinado. En el caso que el demandado no comparecía a juicio se le declaraba rebelde, y el proceso continuaba sin su presencia. Si se presentaba a juicio, según las características del proceso, el demandado podía: allanarse u oponerse a la demanda¹³.

1.1.2.3 LA PRUEBA EN EL DERECHO ROMANO.

De forma general, se admitió todo tipo de prueba, la valoración se establecía por medio del sistema de la prueba tasada, la prueba se dirigía al Juez y como era una carga correspondía al acusador presentar la prueba;

¹² Según Guillermo Cabanellas, en su **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo III**. Editorial Heliasta. Vigésima Sexta Edición. Pág. 396, lo define como: Magistrado que ejercía jurisdicción en la Antigua Roma, ocupaba una dignidad de segunda clase. Este cargo duraba un año.

¹³ Falcón. Enrique M. **Procesos de conocimientos**, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, 2000, Pág. 25

un aspecto importante dentro del derecho romano es el surgimiento de varios medios de prueba.

La declaración de testigos se establece en el proceso regulado por la Ley de las Doce Tablas¹⁴ del primer periodo del Derecho Romano y se utilizaban para la demostración de los hechos o afirmaciones planteadas dentro del proceso, esta clase de prueba era la más común en el antiguo Derecho Romano, lo que el juez valoraba era el contenido de la declaración o cuan sustanciosa era esta información y cuál era su aporte a la litis. Este medio de prueba era tan importante para los romanos que en caso de no presentarse a testificar se sometían a la infamia, tal como lo sostiene Kielmanovich en su obra “Teoría de la Prueba y Medios Probatorios”. Dentro del periodo extraordinario se vio limitada la libertad probatoria y la determinación de los medios de prueba, los únicos que tenían excusa para no declarar eran los ilustres, los más altos dignatarios del Gobierno y los obispos.

En el sistema de la *legisactiones* se admitía la prueba documental como era el *codexrationummensae* 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, los cuales utilizaban los banqueros; este tipo de pruebas también tuvo su auge en el proceso formulario.

Establece Kielmanovich que en el Derecho Romano se originó la prueba pericial en el periodo del proceso extraordinario, por lo que comenzó

¹⁴ También llamada **Ley de la igualdad romana**, era un texto legal que contenía normas para regular la convivencia de las personas sometidas al imperio romano, muchos autores lo consideran como el código más antiguo.

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 se advierte en el periodo formulario, se producían más que todo en los casos de deslinde en los cuales el juez procedía al examen del lugar si este la consideraba necesario para solventar el conflicto¹⁵.

1.1.3 DERECHO GERMANO

Luego de la conquista en Roma el derecho Germano tuvo su auge, con la caída del imperio Romano por la invasión de los Báváros, es en este punto que el proceso germano tuvo como objetivo ser un medio de pacificación social, con el objeto de solucionar los conflictos más que a decidirlos, su solución dependía del resultado de las formulas solemnes y no del convencimiento del Juez, es decir formulas en las que el pueblo descubría un tipo de acto superior e imparcial a la divinidad.

Al igual que el derecho Romano, el Derecho Germano, se dividió en dos etapas. La primera de ellas se llamó *Periodo Germánico*, dentro del cual 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 debates¹⁶.

¹⁵Kielmanovich, Jorge L. **Teoría de la Prueba y Medios Probatorios**. Segunda edición actualizada, editorial rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, Argentina, pág. 553

¹⁶ Falcón. Enrique M. **Procesos de conocimientos**, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, 2000, Pág. 26

En este sistema era la asamblea Ding, la que daba su decisión al Juez y este último ordenada mediante un mandamiento que se cumpliera con lo que se había resuelto la asamblea, dicho mandamiento se consideraba una sentencia y para la realización de esta el Juez se auxiliaba de una serie de peritos, conocedores del derecho.

La segunda etapa comprendía desde el siglo V, de nuestro tiempo, hasta el siglo XII, donde el proceso Germánico pasa al *Estadio Franco*, en este periodo continuaba la existencia de las Ding, con la diferencia de que en las causas de mayor importancia, la presidencia de dichas asambleas estaba a cargo de un Conde llamado Scabini, lo que nos demuestra que a medida que se avanza en la historia el aumento de los poderes que se le daban al Juez eran más notorios.

Todo esto proporciona al proceso y a la prueba un aspecto más formal por lo que es necesario tomar en cuenta los medios de prueba que existían en Alemania, que primitivamente eran los siguientes: examen de testigos, juramentos y los llamados juicios de Dios. Debemos entender que este último medio de prueba se basaba en fanatismo religioso, en donde se utilizaban pruebas arbitrarias, crueles y hasta absurdas, donde se sometían a los acusados a pruebas físicas, torturas y causando en la mayoría de casos la muerte, con el objetivo de lograr la confesión del reo.

Con respecto al objeto de prueba se decía que era *la afirmación jurídica*, de una de las partes. Por ello la prueba en el derecho Germano estaba dirigida al demandado como un ataque siendo esta la prioridad antes que lograr el convencimiento del juez. Por lo general no se admitía la contra prueba. Ante todo ello las pruebas no exigen mayor análisis ni apreciación

especial, entonces la labor del Juez se reducía a determinar quien deberá probar y por cuales medios.

La prueba documental que en el proceso de formularios en el Derecho Romano era frecuentemente utilizada en el comercio y en los procedimientos judiciales cayó en desuso en el Proceso Germano, en consecuencia del escaso desarrollo cultural y rudimentario sistema de justicia, lo mismo ocurrió con la prueba pericial que prácticamente desapareció¹⁷.

El demandado podía confesar, en cuyo caso era condenado (lo cual revela el gran valor de la confesión), o contradecir, lo que determinaba la recepción de la prueba. Todo formal y mediante palabras y ritos sacramentales y en medio de un debate oral y público, como es naturalmente frente a una asamblea.

El demandado era quien tenía que probar que el actor no tenía la razón. La carga de la prueba, al revés de lo que se ha dicho posteriormente como principio básico en la historia, incumbe al reo y no al actor. La prueba no se dirige al tribunal, sino al adversario y no constituye una demostración de lo afirmado o negado, como hoy, sino que consiste en la realización de ciertos ritos artificiales, fundamentados en la creencia de la intervención de la divinidad en la justicia¹⁸.

Es necesario mencionar que la sentencia Germana mantenía su naturaleza del acto que se realizaba en la asamblea popular y por lo tanto obligaba y perjudicaba aun a los terceros excluyentes. Diferente es en la sentencia Romana que solamente afectaba a las partes del proceso.

¹⁷Ob. Cit. Kielmanovich. Pág. 359

¹⁸Vescovi, Enrique. **Teoría General del Proceso**, Editorial Temis, Colombia, Págs.31

El derecho germánico no tuvo una preponderancia absoluta en Italia ya que era el derecho romano el que tenía una aplicación general; si bien el derecho Germano había obtenido un amplio crecimiento en el siglo XI, no tuvo la relevancia que durante mucho tiempo había logrado el derecho Romano, ni la influencia de este, es que ante el desarrollo de una de las ciudades Europeas más importantes como es Italia paralelamente con la Iglesia católica, es cuando el Derecho Romano influencia al derecho Moderno.

El Proceso Germano se desarrolló mucho menos que el romano, manteniéndose dentro de un cierto primitivismo. Es predominantemente oral, formalista, pero en extremo simple.

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. El proceso Penal viene a sustituir un régimen primitivo de venganza privada o de composición (Wergeld), pagándose una compensación por la ofensa, que distinguía entre los delitos públicos y privados. Los reos sorprendidos *in fraganti* eran juzgados mediante un procedimiento ordinario, prácticamente de ejecución ¹⁹

En el Proceso Ordinario, el actor citaba personalmente al demandado ante el Tribunal, fijando el día de la Audiencia de Testigos ante la asamblea popular, que es la que pronunciaba la sentencia, a propuesta primero de peritos, y luego, de sentenciadores (desde Carlos el Grande, los escabinos, jurados creadores de derecho).

¹⁹Ob. Cit. Vescovi, Págs. 25-31

El juicio se iniciaba con una ceremonia religiosa que demostraba el espíritu dominante: la justicia era puesta bajo el amparo de la divinidad.

1.1.4 DERECHO CANONICO.

Con la mezcla del Derecho Romano y el Derecho Germano, surge el Derecho canónico, en la cual surge el procedimiento ordinario y general, especiales y sumarios, esto fue una consecuencia tanto de la evolución de la sociedad y el surgimiento del Derecho Comercial en la edad media, en esta etapa como lo manifiesta Falcón en su obra "Tratado de Procesos de Conocimientos", también la competencia de la Iglesia va aumentando tanto en los asunto como en las personas²⁰.

Vescovi afirma que durante este periodo se genera una regresión en cuanto al proceso, vuelven a predominar lo privado y el formalismo procesal, la influencia del factor religioso, el fanatismo cristiano conduce a muchas prácticas judiciales absurdas, se recrudece el concepto germánico sobre la prueba basada en la intervención divina.

Durante este periodo la importancia de los *tribunales Eclesiásticos* aumentaba, con el objetivo de defender los intereses de la iglesia, convirtiéndose así en un menoscabo del poder real. Durante los siglos XII y XIII aparece el sistema inquisitivo, lo que ocasiona la existencia de muchas leyes y costumbres y diversas formas procesales en cada región; con la mezcla del derecho romano y los principios que la Iglesia imponía se fue creando un nuevo régimen jurídico y se estableció un nuevo proceso llamado *proceso común*, el cual se propagó por Europa.

²⁰ Falcón. Enrique M. **Procesos de conocimientos**, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, 2000, Pág. 26

Este proceso fue dirigido por funcionarios oficiales, escrito, caracterizado por diversas fases cerradas y preclusivas, el cual resulto muy lento y pesado y aparece el proceso sumario, introducido en el año de 1306.²¹

En lo referente a la prueba que durante el proceso germano sufrió gran retroceso, se retoman muchas de las normas establecidas durante el Imperio Romano, la prueba pericial surgió nuevamente con el proceso común aunque confundida con el testimonio de terceros, pero poco a poco se habría de distinguir entre el testigo y el perito, la prueba documental se empleo nuevamente con mayor fuerza tanto así que surgió en este periodo la función notarial.

La prueba testimonial tuvo una gran desconfianza por lo que se establecieron muchas restricciones tanto cuantitativas como cualitativas entre las cuales destaca la delimitación en el numero de testigos a presentar según fuere el asunto a dirimir, se prefería al noble sobre el plebeyo, al eclesiástico sobre el laico, al hombre sobre la mujer, al rico sobre el pobre.

En este periodo apareció el sistema de tarifa legal, existió la preeminencia de que la confesión exime de toda prueba.

1.1.5 EL PROCESO 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,

²¹ Ob. Cit. Vescovi, Págs. 32-33

empero sin duda el *Fuero del Juzgo, LiberJudictorum*, del año 654, caído en desuso durante la dominación árabe²².

Luego, de la dominación Árabe, exactamente en el siglo XIII, se produjo el movimiento de compilaciones generales, de las cuales podemos citar: 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; es hasta la sanción de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que el derecho procesal español contemporáneo carecía de un texto en el cual estuvieran recogidas las normas principales sobre la institución. En esta ley se observaba en sus bases el proceso común que sirvió a su vez a nuevos códigos procesales²³.

Las Siete partidas de Alfonso X “El Sabio” fueron de gran importancia para la regulación de los diferentes medios de prueba pues en ella encontramos 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 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, estos hacían plena fe (partida Tercera, 18, Leyes 1 y 114) y por último los privados el que se extendía por los particulares estos requerían el reconocimiento de las partes que lo extendían²⁴.

²² Falcón. Enrique M. **Procesos de conocimientos**, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, 2000, pág. 29

²³ Ob. Cit. Vescovi, Pág. 36

²⁴ Ob. Cit. Kielmanovich, Pág. 186 y 360.

1.1.6 EI PROCESO INDIANO.

Podemos distinguir el proceso Indiano, desde el descubrimiento de América hasta la Revolución de 1810. La organización judicial indiana estuvo constituida por numerosos tribunales, pero dado a que la división de poderes fue una creación posterior, una de sus características fue que la misma administración cumplía con funciones judiciales.

Con respecto a los órganos de justicia con alto rango podemos mencionar primeramente que en España se encontraban: el Consejo de indias, La Casa de Contratación y la Junta de Guerra de indias; y en América estaban: Las Audiencias, Las Juntas Superiores de Real Hacienda y Magistrados.

El consejo de Indias ejercía el control de todos los Tribunales de América, pero para que una causa iniciada en América pudiera llegar a este Consejo se debían cumplir una serie de requisitos, como por ejemplo: debía ser un negocio grave y de calidad; que los miembros de la Corte consideraran pertinente juzgar.

Ahora bien en América, las audiencias se fueron creando a imitación de España, eran Tribunales colegiados, compuestos por un número de oidores y varios jueces letrados. Estas audiencias no tenían solamente funciones judiciales sino también gubernativas y otras consultivas.

En lo que se refiere al ámbito judicial, sus funciones eran de control político y administrativo, de modo tal que tanto particulares, como las instituciones podían apelar ante ellos; con respecto a los tribunales de justicia se encargaban de los casos de Corte y causas criminales ocurridas dentro de cinco leguas de su sede.

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 sistema²⁵. 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 sabida²⁶). En general la celeridad, no obstante estas excepciones no fue una característica del proceso indiano.

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; sin embargo la misma abundancia de magistrados y de fueros especiales produjo innumerables cuestiones de competencia que prolongaban la conclusión de la causa y lo mismo ocurría con la admisión de múltiples recursos²⁷.

En el 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, como está dispuesto por los sagrados cánones, ni tampoco aquellos que son sospechosos, aunque

²⁵ Falcón. Enrique M. **Procesos de conocimientos**, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, 2000, Pág.g. 31

²⁶ “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”. Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo VIII**. Editorial Heliasta. Vigésima Sexta Edición. Pág.345

²⁷ *Ibidem* pág. 32

cristianos, indios o españoles; sino solamente a los de conciencia timorata, y sin ningún recelo o sospecha. No obligue el juez a jurar a los neófitos o recién bautizados, a no ser grave la causa, y no poder aclarar la verdad por otro medio.”²⁸

No es sino hasta la codificación napoleónica que se restablece la libre valoración de la prueba testimonial y la admisión de ésta, tomando en cuenta a las personas que eran excluidas como lo indica el párrafo anterior, esto se debe a que la prueba testimonial siempre ha sido un punto de mucha discusión por su importancia ante la ley. La evolución de la prueba testimonial se presenta en los sistemas de valoración, tanto el sistema de la sana crítica como el sistema de tarifa legal, esto resalta la importancia de dicha prueba en la actividad probatoria, de tal forma que podemos asegurar que en muy pocos procesos se prescinde del testigo, como se hacía con anterioridad.

1.2 REFERENCIA HISTORICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA

La prueba anticipada es una institución que se regulaba en el Derecho Romano y en el derecho Canónico como el *ad futuram memoriam*²⁹ que tenía como objeto conservar el testimonio, que podría perderse, bien por la oportunidad o bien por la dificultad que existiría para que en el momento del proceso pudieran declarar los testigos, siempre se practicaba citando a la parte contraria, la declaración del testigo se tomaba en un acta; lo mismo ocurre en el Derecho Francés. La prueba anticipada, tiene antecedentes en las Leyes de Partidas (Ley Segunda, Título 16, Partida Tercera), y en La Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, también la establecía en el

²⁸ Levaggi, **AHistoria de la prueba en el proceso civil indiano y argentino**, Depalma, Buenos Aires. Pág. 40, Cit. Jorge L. Kielmanovich, **Teoría de la Prueba y Medios Probatorios**. pag. 186

²⁹ Para el recuerdo del futuro

artículo 502 que en lo pertinente decía: “Fuera de los casos expresados en el artículo 497, no podrá el que pretenda demandar pedir posiciones, informaciones de testigos, ni ninguna otra diligencia de prueba, salvo cuando por edad avanzada de algún testigo, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia a punto con el cual sean difíciles o tardías las comunicaciones u otro motivo poderoso, pueda exponerse el actor a perder su derecho por falta de justificación en cuyo caso podrá pedir, y el Juez decretará, que sea examinado el testigo o testigos que estén en la circunstancias referidas, verificándose su examen del modo que se previene en los artículos respectivos de esta Ley.....” ; el Código Judicial Colombiano de 1931 (ya derogado) en el artículo 695 preceptuaba: “Cuando alguno tema que otro promueva pleito después de que mueran algunas personas ancianas o enfermas, con cuyas declaraciones puede probar aquel sus derechos, está facultado para que el otro le abone la prueba, pidiendo al juez competente por razón de la cuantía, que reciba las declaraciones de tales testigos, con citación del adversario para que sean apreciadas a su tiempo. Esta información se guarda en el archivo del juzgado, en pliego cerrado y sellado, franqueándose antes las copias que pida cualquiera de las partes.”³⁰

Cuando España conquistó y colonizó América trasladó su religión y legislación, la cual venía impregnada de ideas y conceptos romanistas; siendo que en el año de 1843, se comisiona al Presbítero y Doctor Isidro Menéndez para la elaboración de los primeros Códigos de Procedimientos, pero estos al ser elaborados se guardaron y se mantuvieron archivados.

³⁰ Parra Quijano, Jairo. **Tratado de la Prueba Judicial, El Testimonio, Tomo I**, 2ª Edición, Ediciones Librería del Profesional, 1984, págs. 182,195

No fue sino hasta en el año de 1846 que se ordenó la publicación de dichos Códigos, los cuales fueron archivados de nuevo. En 1857 se tomaron las medidas para su publicación con la intención de oír opiniones, posteriormente por Decreto Legislativo se autorizó al Poder Ejecutivo para que formara una comisión del estudio del Código de Procedimientos Penales, del cual el Dr. Menéndez formó parte junto a Don Ignacio Gómez.

Una vez aprobado dicho Código se mando a imprimir a Guatemala, el cual fue denominado “Código de procedimientos Civil y Criminal y Formulas de Todas las Instancias y Actos de Cartulación de la República de El Salvador en Centro América”, al pie llevaba la frase:”En el Nombre del Padre, Hijo y Espíritu Santo y Supremo Legislador de la Sociedad”. Como Ley de la República quedó asentado el 20 de Diciembre de 1857, habiendo sido promulgado el 20 de Noviembre de 1857³¹; en este Código se pueden observar las primeras manifestaciones del anticipo de prueba (en nuestro medio) en la parte primera, del libro I, título V, Capítulo I, Artículo 163 en el que se establecía que se podía recibir exclusivamente la prueba de testigos en ciertas circunstancias, no se determina como prueba anticipada sino más bien como acto previo de la demanda.³²

Este Código estuvo en vigencia pocos años ya que en 1863 se promulgó el Código de Procedimientos civiles y el Código de Instrucción Criminal por separado, en este Código llamado de Procedimientos Civiles y de Instrucción Criminal, en el Título Quinto “De los Actos Previos a la Demanda” Capítulo I Casos Particulares artículo 151 se establece: “Cuando pudieren perder su derecho el demandante o demandado, si no se recibiesen

³¹Ascensión Villatoro y otros “**Consecuencias Jurídicas Producidas en el Proceso Penal, a falta de Ofrecimiento e Incorporación de la Prueba Testimonial Anticipada.** Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Politécnica de El Salvador, Dic. 2004; Págs. 10,11

³²**Código de Procedimientos y de Formulas Judiciales de El Salvador, 1857, Pág. 15**

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, con citación contraria y será firme y valedera; pero si la otra parte estuviere ausente del lugar del juicio, se recibirá la declaración con citación del procurador sindico, debiendo en este caso ratificarse el testigo en el termino de prueba, si estuviere presente, con la citación contraria para que surta la declaración efecto legal.....". El 31 de Diciembre de 1881 entró en vigencia el Código de Procedimientos Civiles, el cual tuvo una vigencia de más de cien años; en éste se retomó la idea en el Artículo 162 de que la prueba testimonial, la absolución de posiciones de las partes, bajo ciertas circunstancias podía ser tomada antes del inicio del proceso al igual que la prueba instrumental³³.

1.3 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO

El derogado recientemente Código Procesal Penal, aprobado en 1998 que tenía caracteres de un sistema inquisitivo y dificultaba una pronta y cumplida justicia y no se encontraba con total armonía con la Constitución de la República, este había estado en vigencia por más de veinte años; el Código Procesal Penal de 1998 se aprobó con el objetivo de realizar un proceso sencillo, con celeridad, con respeto de las garantías constitucionales y de los principios procesales. De acuerdo a lo establecido en el considerando III de dicho cuerpo normativo, cabe destacar también que el Código Procesal Penal incorpora la oralidad al proceso, dejando a un lado el proceso escrito al cual estaba acostumbrado el litigante. A lo largo de su vigencia el Código Procesal Penal ha sufrido un sin número de reformas, ajustando el texto a la realidad social imperante en ese momento.

³³ Código de Procedimientos Civiles de El Salvador, 1881.

De acuerdo a los propósitos por los cuales se aprobó el Código Procesal Penal, como el respeto a garantías constitucionales, como el debido proceso y principios como los de legalidad del proceso, igualdad, legalidad de la prueba, es que el legislador quiso regular el Anticipo de Prueba en el artículo 270 que literalmente dice:

“En todo momento que fuere necesario practicar actos o diligencias tales como registros, pericia, inspecciones y otros que por su naturaleza o características sean considerados como definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no será posible incorporarse durante la vista pública, cualquiera de las partes podrá requerir al juez que lo realice.

El juez, si considera que el acto es ejecutable, lo realizará citando a todas las partes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias.

El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente.

Si por la naturaleza o urgencia del acto, la citación anticipada hace temer la pérdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el Juez lo practicará únicamente con la citación del Fiscal y de un Defensor Público. Dicha diligencia se realizará aun sin la presencia de cualquiera de las partes si han transcurrido tres horas posteriormente al señalamiento por el Juez, sin perjuicio de la responsabilidad penal que prescribe el Artículo 313 del Código Penal.

En los casos de delitos relacionados con el crimen organizado, se entenderá necesaria la práctica de cualquiera de las diligencias mencionadas en este Artículo.

Cuando el juez rechace la solicitud, el peticionante podrá acudir directamente a la cámara, solicitando que ordene la realización del acto. La cámara resolverá dentro de las veinticuatro horas según su urgencia.”

En un primer análisis se establecía que el anticipo de prueba se podía solicitar ante el juez de Paz o Instrucción. Este precepto se refiere a dos supuestos típicos: El primero se refiere a los actos de investigación por naturaleza irreproducibles en el juicio oral tales como los “registros, pericias, inspecciones u otros”, en segundo lugar el de las declaraciones en el juicio oral de los que se sospeche su irreproducibilidad en el mismo, testigos o peritos enfermos con riesgo de fallecimiento próximo.

El procedimiento del anticipo de prueba citado se iniciaba por medio de una solicitud presentada ante el Juez de Paz o Instrucción e incluso el mismo Juez de manera oficiosa puede ordenar la práctica de dicho procedimiento; recibida la solicitud y admitida por el Juez; se deberá citar a las partes, sus defensores o mandatarios, este es un requisito ineludible, bajo pena de que la practica a realizar se declare nula, procurando siempre el fiel cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso, si alguna de las partes no compareciere a la diligencia el Juez esperará por tres horas, la incomparecencia sin justa causa de los interesados se tipifica como “desobediencia a mandato judicial” delito regulado en el artículo 313 del Código Penal.

La incorporación de la prueba realizada anticipadamente al juicio, se hace por medio de la lectura en el desarrollo de la Vista Pública según lo estipula el artículo 330 del Código Procesal Penal, lo cual constituye una excepción al principio de inmediación pues el Tribunal sentenciador se limitará a la lectura de lo que se practicó en la etapa de instrucción, pero siempre lo valorará como prueba.³⁴

Un aspecto importante es el inciso último del artículo 270, que faculta al peticionante ante la negativa de admisión de la solicitud de anticipo de prueba, a acudir directamente a la Cámara (de lo Penal) para que esta resuelva dentro de las siguientes veinticuatro horas.

³⁴Casado Pérez, José María. **La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño**, 1ª Edición, Editorial Lis, 2000, El Salvador, Págs. 97-99

2. EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL DERECHO COMPARADO.

El anticipo de prueba como figura procesal, no solo es procedente en el ámbito civil, como explicaremos dentro de este capítulo, además también tiene una importante relevancia dentro del proceso penal. También existe una serie de países tanto en América Latina como en Europa que en su respectiva Ley Procesal Civil, han regulado el anticipo de prueba.

2.1 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL CODIGO PROCESAL PENAL VIGENTE.

En el Nuevo Código Procesal Penal aprobado en octubre de 2008 y que entro en vigencia en enero de 2011, a diferencia del recién derogado Código Procesal Penal de 1998 en el cual se establecía específicamente el procedimiento del anticipo de prueba, en el artículo 270, del cual hicimos referencia en el capítulo I, ha tenido muchos cambios ya que ahora los artículos en los cuales se regula el anticipo de prueba son más específicos referente a qué tipo de prueba puede anticiparse, siendo por ello que los citamos a continuación:

En el Libro I: “Disposiciones Generales”, Título V: “De la Prueba”, Capítulo I: “Disposiciones Generales”, Artículo 177 inciso dos: **Pertinencia y Utilidad de la Prueba**, que literalmente dice: *“En el caso de anticipo de prueba o actos urgentes de comprobación que requieran autorización judicial el juez resolverá su procedencia dentro de veinticuatro horas de presentada la solicitud; en casos de extrema urgencia, el fiscal expondrá la necesidad de realizarlo en un plazo no menor de las veinticuatro horas, señalando el término mínimo como estimado indispensable, el que vinculará al juez para pronunciar la resolución correspondiente. La negativa de realizarlos o*

autorizarlos será apelable. El escrito del recurso y las copias pertinentes serán remitidos sin demora a la Cámara competente, la que resolverá sin más trámite dentro de las veinticuatro horas según la urgencia. Si transcurridas dos horas de programado el acto urgente de comprobación alguna de las partes no comparece, el juez realizará la diligencia sin su presencia cuando esto fuere posible.”

Es bien sabido que para que se pueda realizar un anticipo de prueba es necesaria una orden judicial y es en el artículo citado donde se resuelve que el Juez tendrá como mínimo para resolver la procedencia de dicho anticipo, dentro de un término de veinticuatro horas, las cuales contarán a partir del momento en que se presenta la solicitud.

En el Capítulo III: “Prueba Testimonial”, Artículo 208 que regula sobre el: **“Apersonamiento Anticipado”**, literalmente dice: *“Cuando exista temor fundado de que un testigo se oculte o ausente, se ordenará su apersonamiento anticipado por medio de la seguridad pública para que quede a disposición del juez o Tribunal. Esta medida sólo durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y en ningún caso excederá de veinticuatro horas”*

Y el Artículo 305 que regula el: **“Anticipo de prueba Testimonial”**, literalmente dice: *“En cualquier momento del proceso las partes podrán pedir al juez que reciba una declaración anticipada, cuando exista un obstáculo difícil de superar, que haga presumible que tal declaración no podrá realizarse durante la vista pública.*

Se consideran obstáculos difíciles de superar cuando el testigo se encuentre en las situaciones siguientes:

- 1) *Gravemente enfermo.*
- 2) *Haya peligro que sea sometido él, su cónyuge, padres, hijos o hermanos a violencia o amenaza contra su vida o integridad personal.*
- 3) *No tenga residencia fija en el país, o teniéndola esté próximo a abandonarla.*
- 4) *En los casos de rebeldía o incapacidad sobreviniente.*
- 5) *Cuando el testigo sea menor de doce años, previo dictamen psicológico o psiquiátrico que evalúe su condición física y psicológica.*

El juez, si considera que el acto es ejecutable lo realizará citando a todas las partes, quienes tendrán derecho de asistir con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias. Si no comparece el defensor nombrado, el acto se realizará con la asistencia de un defensor público”.

Los artículos anteriores hacen referencia a la prueba testimonial anticipada y establecen ciertos presupuestos que permiten que el anticipo sea procedente; por ejemplo: Encontramos que si existe temor fundado de la ausencia de un testigo o la incomparecencia de este, brinda la facultad al Juez que por medio de la seguridad pública éste quede a disposición del mismo; así también nos establecen diferentes situaciones que se considerarían como de grave dificultad que impidan que el testigo pueda brindar su declaración en el momento procesal oportuno, como el caso de que el testigo se encuentre gravemente enfermo; que corra peligro tanto el testigo como su familia; deba ausentarse del país; que el testigo sea menor de doce años, ya que se debe proteger la integridad física y psicológica de los menores; es por ello que se deben someter a una serie de pruebas que permitan avalar que el menor pueda presentarse a rendir su declaración. Los anteriores son presupuestos con características consideradas

irreproducibles o cómo el mismo artículo 305 del Código Procesal Penal cita: “obstáculo difícil de superar”.

Como podemos observar estos presupuestos se conocían anteriormente pero no se encontraban de forma expresa en la ley, más bien se encontraban de una forma tácita pero que se sobreentendían.

2.2 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN AMERICA LATINA.

2.2.1 LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE:

La Prueba anticipada en el código Procesal Civil de la República de Costa Rica, se regula, en el Libro Primero, Título IV “Medidas Cautelares” Capítulo II “Pruebas anticipadas” se encuentra regulado a partir del artículo 250 los tipos de pruebas que pueden anticiparse, entre los que encontramos:

ARTÍCULO 250.- Reconocimiento judicial, pruebas pericial y testimonial.

Antes de presentar la demanda, o antes de que se ordene la práctica de las pruebas, podrá solicitarse y decretarse reconocimiento judicial cuando haya urgencia en hacer constar el estado de los lugares y el estado, la calidad o la condición de las cosas, susceptibles de apreciación por el juez y que pueden cambiar o desaparecer en cualquier momento. El reconocimiento podrá completarse con prueba pericial, si es apropiada a criterio del juez. (Párrafo y epígrafe así reformados por el artículo 4º de la ley Nº 7421 de 18 de julio de 1994)

También podrá solicitarse y decretarse, en las oportunidades dichas, examen de testigos, cuando éstos sean ancianos o estén para ausentarse

*indefinidamente del país, y cuando haya otro motivo por el cual pueda temerse la imposibilidad de su examen en la fase probatoria.*³⁵

En este artículo se regula los presupuestos por los cuales el Reconocimiento Judicial de la prueba pericial y testimonial se pueden anticipar se establece que antes de que se ordenen las prácticas de las pruebas se podrá solicitar el reconocimiento judicial siempre y cuando haya urgencia en hacer constar el estado de este tipo de pruebas, su calidad o condición de las cosas objeto del litigio. Este tipo de reconocimiento se realiza porque se teme el cambio o la pérdida de las cosas que hayan de ser susceptibles de apreciación del Juez, en cuanto a la producción de prueba testimonial, es procedente cuando los testigos son de muy avanzada edad, deban éstos ausentarse por largos periodos del país o exista otro motivo de tal modo que imposibilite su testimonio en el momento procesal oportuno.

En nuestro Código Procesal Civil y Mercantil también encontramos regulado en Reconocimiento Judicial en los artículos 390 al 395 como un medio de prueba que puede anticiparse, donde se establece su procedencia, proposición y práctica del reconocimiento. Así también se regulan las pruebas periciales contempladas en los artículos 375 al 389, ahí se establece su procedencia, como también el contenido del dictamen, proposición de la prueba, entre otros requisitos necesarios para su práctica. Con respecto a la prueba testimonial se regula a partir del artículo 354 al 368 bajo la figura del Interrogatorio de Testigos.

³⁵ *Ibídem*

ARTÍCULO 251.- Citación a la parte contraria.

La parte contraria será citada para que presencie la práctica de la prueba, salvo que dicha parte no fuere conocida o no residiere en el país, y no tuviere apoderado, en cuyo caso se citará al representante de la Procuraduría General de la República y al curador ad hoc que ha de nombrarse.

En casos muy calificados, a criterio del juez, el reconocimiento judicial podrá decretarse sin citación previa. Si la parte contraria concurriere a pesar de no haber sido citada, podrá intervenir en ella. En caso contrario, el resultado deberá notificársele dentro del plazo de los ocho días posteriores a su celebración

ARTÍCULO 252.- Valor probatorio, y quiénes pueden pedirlo.

La prueba anticipada prevista en el artículo 250 valdrá como prueba y será admisible en juicio, si en realidad hubiere llegado a ocurrir el hecho alegado para anticiparlas, salvo el caso de ancianidad de testigos. Podrá pedirse no sólo por quien quiera preparar una demanda, sino también por aquél que pretenda probar una excepción.

ARTÍCULO 253.- Facultades del juez y recursos.

El juez ordenará recibir la prueba anticipada si es fundado el motivo invocado.

Podrá admitir también otras pruebas anticipadas, además de las que se mencionan en este capítulo, si son oportunas y conducentes.

La resolución del juez será apelable en ambos efectos sólo cuando se niegue la práctica de la prueba.³⁶

³⁶ *Ibídem*

En estos artículos se encuentra el procedimiento a realizar para la práctica de la prueba anticipada, donde se establece que para la práctica, deberá citarse a la parte contraria, salvo que no resida en el país o no tenga apoderado que lo represente, si sucede este último caso se deberá citar al representante de la Procuraduría General de la República y al curador Ad Hoc que se nombre, aunque hay casos considerados por el juez para practicar un reconocimiento judicial que no necesitarán una citación previa, claro este supuesto se realizará si se considera prudente por el juez.

La prueba anticipada de Reconocimiento judicial, testimonial y pericial tendrá valor probatorio como la prueba practicada en el momento procesal oportuno y será admitida en juicio si realmente ha ocurrido el hecho alegado para anticiparlas, salvo el caso de la ancianidad de testigos.

Es necesario aclarar que el anticipo de prueba en el proceso civil de Costa Rica podrá ser solicitado por ambas partes, es decir tanto el demandante como el demandado.

Entre los requisitos más importantes para que se ordene recibir un anticipo de prueba es que haya ocurrido el motivo invocado para dicha producción, es decir que se tema la pérdida o deterioro de dicha prueba. Esto según lo establecido en el artículo 253 del Código procesal Civil de Costa Rica, referente a las facultades del juez, cabe mencionar que también se podrán admitir otras pruebas anticipadas además de las que se han mencionado en los artículos anteriores.

2.2.2. LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA LEGISLACION ARGENTINA.

En el Código procesal Civil de la República de Argentina, encontramos en la parte Especial, Libro II “Procesos de Conocimiento”, Título I “Disposiciones Generales”, Capítulo II “Diligencias Preliminares” a partir del artículo 326 se encuentra regulada la Prueba Anticipada, donde establece:

Art. 326. - Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes:

- 1) Declaración de algún testigo de muy avanzada edad, o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país.*
- 2) Reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares.*
- 3) Pedido de informes.*
- 4) La exhibición, resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto de la pretensión, conforme lo dispuesto por el artículo 325.*

La absolución de posiciones podrá pedirse únicamente en proceso ya iniciado³⁷.

En este artículo se establecen ciertos supuestos que son necesarios para la producción de la prueba anticipada, dicha práctica se solicitará ante el juez de la causa; cómo podemos ver dentro de las pruebas que pueden anticiparse encontramos las declaraciones de testigos de avanzada edad o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país;

³⁷ Código Procesal Civil de Argentina

reconocimiento judicial, dictamen pericial, entre otros. Estos supuestos también se contemplan en los motivos que justifican el anticipo de prueba en nuestro país, tal como lo establece el artículo 326 de nuestro Código Procesal Civil y Mercantil de la siguiente forma:

Cuando por las circunstancias del caso se tema 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.

PRODUCCION DE PRUEBA ANTICIPADA DESPUES DE TRABADA LA LITIS

Art. 328. - Después de trabada la litis, la producción anticipada de prueba sólo tendrá lugar por las razones de urgencia indicadas en el artículo 326, salvo la atribución conferida al juez por el artículo 36, inciso 4.³⁸

Este artículo especifica cuando se dará la producción de la prueba anticipada después de que haya iniciado el proceso, dicho artículo nos remite al artículo 326 donde anteriormente se exponían los casos en que se puede producir, así también faculta al juez para poder ordenar de oficio el anticipo de prueba en el caso establecido en el artículo 36 inciso cuarto del mismo cuerpo legal que establece los Deberes y Facultades Ordenatorias e Instructoras que literalmente dice: “*Artículo. 36. - Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán: 4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos.*”

³⁸ *Ibídem*

Como se puede observar la prueba anticipada es una institución procesal que tiene por objeto garantizar el medio de prueba que tiene peligro de extinguirse, aunque en muchos casos la pérdida del medio origina la pérdida de la fuente de prueba.

2.2.3 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION URUGUAYA.

El proceso civil Uruguayo es de forma oral es muy parecido al recién entrado en vigencia en nuestro país, se establece la misma estructura; son dos audiencias, una de ellas preparatoria y la otra de prueba, dejando a un lado los procesos de escritura, la cual se utiliza solo para la demanda y contestación de demanda. En la legislación uruguaya existen los procesos ordinarios para nuestro caso el proceso común, extraordinarios y el de la estructura monitoria.

En el proceso ordinario (artículo 337 y siguientes), una vez citada la parte demandada, el juez convoca a una audiencia denominada preliminar³⁹ en la que "se busca la conciliación, se fija el objeto de la controversia, se determinan las pruebas que cada parte podrá aportar al juicio, se actúan las pruebas, alegan las partes y, de ser posible, en esta misma audiencia se pronuncia sentencia" (art. 340). Es decir, esta audiencia preliminar, puede convertirse en única y definitiva.

Sólo de ser necesario, para la actuación de la pruebas o por la complejidad de la sentencia, el juez puede convocar a la denominada audiencia complementaria (artículo 343) y si fuese necesario a una tercera audiencia.

³⁹ En nuestro medio a esta audiencia se le denomina Audiencia Preparatoria; la cual se establecen dos fases una fase conciliatoria donde el Juez aviene a las partes a dialogar y lograr un acuerdo para poder poner fin al proceso y la otra fase la saneadora en donde se dejan por establecidos los hechos y los medios de prueba a practicarse en la Audiencia probatoria.

El Proceso Extraordinario debe desarrollarse, en su totalidad, en una sola audiencia. Este proceso es aplicable en Uruguay a los asuntos relacionados con la conservación y recuperación de la posesión o la tenencia, denuncias sobre obra nueva u obra ruinosas, juicio de alimentos, entre otros.

Finalmente, en cuanto al Proceso de Estructura Monitoria, este también se desarrolla en una sola audiencia, siempre y cuando el ejecutado haya propuesto excepciones, de lo contrario se pasará directamente a la vía de apremio.

En cuanto al anticipo de prueba, el legislador uruguayo lo estableció como un proceso preliminar al ubicarlo dentro del título I del Libro II Desarrollo de los procesos, específicamente regulado en el artículo 309 numeral 6) que literalmente reza:

En todo proceso podrá realizarse una etapa preliminar, por iniciativa de parte y con la finalidad de:

- 6) La práctica de pruebas en los casos en que:*
 - a) Una cosa pudiere alterarse o perecer;*
 - b) Pudieren modificarse las circunstancias necesarias para el juicio;*
 - c) Se tratase de testigos de avanzada edad o gravemente enfermos o próximos a ausentarse del país.*

La producción anticipada de los medios de prueba en este caso ocurre cuando se prevé que de esperarse a la oportunidad procesal pertinente en el proceso principal, la audiencia complementaria para el caso del proceso civil

uruguayo, la producción de la prueba pudiera frustrarse sea por la alteración o el perecimiento de la cosa.

2.2.4 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION PERUANA.

El proceso civil en Perú, está estructurado por audiencias, esto según la clase de proceso, en primer lugar se encuentra la Audiencia de Saneamiento Procesal, tal como lo regula el artículo 449 del Código Procesal Civil de Perú, la cual se da en los casos en los que se haya interpuesto excepciones. La Audiencia de conciliación, regulada en el artículo 326, en esta el juez escuchara a las partes y procurara que se realice la conciliación entre ellas, y de llevarse a cabo la conciliación el proceso llegara a su fin. En el artículo 202 y siguientes, se establece el desarrollo de la Audiencia de Pruebas, en la cual se produce la prueba propuesta en la demanda.

En Perú, como en el resto de países latinoamericanos, antes del procedimiento, o antes de la fase probatoria dentro del procedimiento, una de las partes solicita se realice el anticipo de prueba debe enfatizarse que las pruebas pueden anticiparse si se prevé que las situaciones o cosas que constituyen su objeto pueden ser modificadas intencionalmente antes de la producción de la prueba, es pues, una actividad jurisdiccional absolutamente concreta, con el objeto de anticipar algo que en circunstancias normales se debe hacer dentro de la fase probatoria, pero que por factores determinantes y centrados en la urgencia y prevención, se deben activar fuera de la fase probatoria, el anticipo de prueba lo realiza el Juez, con el objeto de que la prueba anticipada pueda ser incorporada en una futura relación jurídica, relación que se entabla entre demandado y demandante. El derecho peruano regula que la prueba anticipada corresponde a una tutela urgente y preventiva y no una tutela cautelar.

Proceso

En base al Capítulo IX, Prueba anticipada, desde los artículos 284-299, del Código de Procedimiento Civil Peruano, se establece el siguiente proceso:

1. El demandante solicita la prueba anticipada, previo de iniciarse el litigio, una vez iniciado el litigio puede solicitarlo ambas partes. El sistema procesal peruano no admite la actuación anticipada de medios de prueba, una vez iniciado el proceso, únicamente por cuestiones urgentes y preventivas podrá realizarse una excepción. Además de ello el demandado puede oponerse a la prueba anticipada. Artículos 284 y 298.
2. El Juez es quien ordena la actuación del medio probatorio, se debe notificar a la parte contraria sobre el anticipo de la prueba, pero como distinción del proceso Peruano con el objeto de resguardar las garantías y la seguridad de la prueba, el Juez podrá ordenar el anticipo de prueba sin citación previa a la persona que se va a emplazar y en base a una resolución motivada. Las bases de garantía y seguridad, se refieren a la motivación de preocuparse de la prueba anticipada, podemos decir que las razones normalmente están centradas en peligro en la demora, razones preventivas y de urgencia. Artículo 287.
3. El Juez determinara día y hora para realizar la actuación de la prueba anticipada. Artículo 288.
4. *Sobre los medios probatorios más comunes, pericia; existiendo el riesgo del transcurso del tiempo, alteren la situación o circunstancias*

se solicita la correspondiente pericia, o los testigos que por ancianidad, enfermedad o ausencia inminente, se solicita su testimonio, por último la Inspección Judicial Artículos 290– 292 y 295.

5. Si el emplazado no cumpliera con actuar el medio probatorio para el que fue citado, se aplicarán las siguientes amonestaciones: en el reconocimiento se tendrá por verdadero el documento; y en la absolución de posiciones se tendrán por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado. Artículo 296.
6. El Secretario del Tribunal deberá resguardar la copia certificada del documento en el archivo judicial, entregándose el expediente original al interesado. Artículo. 299.

2.2.5 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

El anticipo de prueba se encuentra regulado, a partir del artículo 294 al 301 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, artículos en los cuales se establecen los medios de prueba que se pueden anticipar, dentro de los que podemos mencionar:

El interrogatorio de partes, en el artículo 294, regula que esta prueba se practicará cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande; podrá pedir que por una sola vez que su contraparte, se realice un interrogatorio el cual deberá ser formulado, sobre hechos que han de ser materia del proceso. En la solicitud del interrogatorio deberá indicarse lo que se pretende probar con esto.

El Testimonio para fines judiciales se encuentra regulado en el artículo 298; en el cual se establece que se podrá pedir que se reciban testimonios anticipados únicamente a personas que se encuentren gravemente enfermas, para la realización de este tipo de pruebas se deberá citar a la parte contraria, de esa manera se estará respetando el derecho de defensa. Es necesario para solicitar el testimonio formular una solicitud ante el juez donde el peticionario deberá expresar bajo juramento que el testigo se encuentra en una de las situaciones antes mencionadas y deberá informar el lugar donde pueda citarse a la persona, de quien pretende hacer valer la prueba.

Otras de las pruebas que pueden anticiparse son las inspecciones judiciales y peritaciones, las cuales están reguladas en el artículo 300, donde se establece que para realizar una inspección o una pericia se deberá citar a la parte contraria. Con respecto a las inspecciones estas pueden recaer sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia dentro del proceso. Este tipo de pruebas se realizarán cuando exista temor fundado de que por el transcurso del tiempo, se pueda alterar su situación o dificultar su reconocimiento cabe mencionar que la petición se formulará ante el juez del lugar donde deberá practicarse.

El procedimiento para la práctica del anticipo de prueba se regula en el artículo 301, el cual es muy similar a nuestro procedimiento, ya que establece que la manera en que se llevara a cabo; será de acuerdo a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso.

2.3. EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EUROPA

2.3.1 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION ALEMANA.

El Zivilprozessordnung (ZPO) o como se le denomina en castellano La Ordenanza Procesal Civil de Alemania de 1867, fue reformada en el año dos mil dos, la cual considera Pérez Ragone y Ortiz Pradillo en su traducción del ZPO, que el legislador alemán se alejó del sistema general que existía en relación con el esclarecimiento de los hechos en materia de presentación de documentos por la contraparte o terceros⁴⁰.

El procedimiento de anticipo de prueba en el proceso civil de Alemania; está regulado en el Título 12 “procedimiento probatorio autónomo” se regula del artículo 485 al 494 del Código Procesal Civil Alemán (ZPO). El artículo 485 establece en qué casos es admisible el Anticipo de Prueba:

- Durante o fuera de un proceso contradictorio se puede realizar la **inspección ocular, la declaración de testigos o el dictamen de un perito**, siempre que la contraparte lo consienta y se tema su pérdida o se dificultase su uso.
- **Si un proceso no está iniciado**, se puede solicitar **el dictamen escrito** por un perito cuando se tiene un interés jurídico determinado.

De lo anterior se puede establecer que en el proceso alemán solo puede proceder el anticipo de prueba respecto de ciertos medios probatorios cuando se trata de un proceso contradictorio, y en el segundo caso se puede

⁴⁰ Pérez Ragone, Álvaro J y Ortiz Pradillo, Juan Carlos. **Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción**, con un estudio al proceso civil alemán contemporáneo, Konrad AdenaurStiftung, Uruguay, 2006.

pedir el anticipo de prueba en cualquier tipo de proceso pero solamente el dictamen pericial por escrito. Este procedimiento establecido en la Ley Procesal Civil Alemana es muy parecido a lo establecido en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, éste se inicia presentando una solicitud la cual debe de contener los elementos preceptuados en el artículo 487:

Contenido de la Petición:

1. *La descripción de la contraparte.*
2. *La descripción de los hechos sobre los cuales debe realizarse la prueba;*
3. *La designación de testigos o la descripción de los restantes medios de prueba admisibles, de acuerdo con el artículo 485;*
4. *La acreditación verosímil de hechos sobre la base de los cuales se debe fundar la admisibilidad del proceso, el procedimiento probatorio autónomo y la competencia del Tribunal.*

Asimismo establece ante qué tribunal es competente de conocer el anticipo de prueba si no existiere proceso aún (artículo 486), se debe de citar a la parte contraria respetando el derecho de defensa artículo 491: "**La contraparte debe ser oportunamente citada en tanto ello pueda ser realizado de acuerdo con la circunstancia del caso, con notificación de la providencia y una copia de la petición, especificándose la fecha de la recepción de la prueba de modo tal que la parte pueda resguardar sus derechos**", la forma de recepción de prueba en los procedimientos de anticipos de prueba se realiza de acuerdo a lo estipulado para cada medio de prueba en particular tal como lo expresa el artículo 492; el plazo para interponer la demanda después de realizado el anticipo en el cual el tribunal

deberá establecer -el cual es a petición de parte- este plazo acá la ley ha dejado a criterio del juzgador el establecer ese plazo⁴¹.

2.3.2 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION FRANCESA.

El primer Código de procedimiento civil en Francia, instaurado por la ley de 14 de abril 1806 y entrado en vigor en 1807 había sido objeto de un aseo a partir de 1935, completamente para alterarse durante las cuatro décadas siguientes.

A partir de 1973, un nuevo código es introducido por varios decretos sucesivos. Por último, el decreto n° 75-1123 de 5 de diciembre 1975, entrado en vigor el 1° enero 1976, se ha calificado oficialmente, hasta en 2007, de “nuevo” (Nuevo código de procedimiento civil o NCPC) ya que una parte del antiguo estaba aún en vigor.

En referencia al tema que nos ocupa, el anticipo de prueba, en el Código Procedimientos Civiles de Francia se hace referencia en un solo artículo que se encuentra dentro del Libro I, Título VII, La Prueba, Subtítulo II Los Medios de Prueba, Capítulo I, Disposiciones Generales, artículo 145 que literalmente dice: *Cuando existieran razones justificadas para asegurar o practicar antes del proceso la prueba de aquellos hechos de los que pudiera depender la solución de la controversia, se podrá ordenar la práctica de los medios de prueba legalmente admisibles a solicitud de cualquier interesado, sea sur requête o en référé (a petición de parte o en juicio sumario).*

⁴¹ Art. 494a del **Código Procesal Civil Alemán**: 1. En caso de que un proceso no haya aun iniciado, el Tribunal debe ordenar, luego de concluida la realización de la prueba y a petición de parte sin audiencia oral que el peticionante interponga la demanda dentro de un plazo determinado.

El anterior artículo hace referencia tanto al aseguramiento como al anticipo de prueba, el legislador francés no estableció un procedimiento autónomo como lo hemos explicado en el proceso civil alemán ni ha apartado una serie de artículos para regular su procedimiento como es el caso de nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, tampoco ha establecido que medios de prueba pueden anticiparse, nada más se ha limitado a establecer que ante la existencia de razones justificadas se puede practicar la prueba de aquellos hechos de los que se dependa la solución del litigio.

2.3.3 EL ANTICIPO DE PRUEBA EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.

El derecho español contemporáneo, carecía de una compilación de leyes generales, “no fue sino hasta Alfonso X, quien dictó las Siete Partidas (año 1265), que constituye el fondo de la legislación vigente hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil, la unificación verdadera solo se alcanza a partir de la ley de Enjuiciamiento Civil de 1855”⁴². Fue la Ley de Enjuiciamiento Civil la que aportó al Derecho Español, un cuerpo normativo donde estuvieran las normas principales que lo regían; dicha ley influenció de gran manera al derecho latinoamericano.

Es el derecho procesal español, el que realiza una serie de distinciones sobre la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; el fin de ambas instituciones, es la protección del derecho a la prueba ante tres posibles eventualidades: a) la pérdida o alteración de la fuente de la prueba, b) la indebida denegación judicial de su práctica y c) la falta de colaboración de las partes y de los terceros.

⁴²Ob. Cit. Vescovi Pág. 45

Procedimiento de la Prueba Anticipada en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

Encontramos dos modalidades para promover el anticipo de prueba; la primera modalidad se realiza antes de iniciar el proceso y únicamente puede solicitarlo quien promueva el proceso, es decir, el demandante; y la segunda modalidad es una vez iniciado el proceso pero previamente al tiempo normal del proceso probatorio, en esta segunda modalidad puede solicitar el anticipo cualquiera de las partes.

En primer lugar se realiza la formulación de propuesta (solicitud de anticipo de prueba), sino se ha iniciado el proceso, la petición del anticipo de prueba se dirige al tribunal que se considere competente, una vez iniciado el proceso la petición se dirige al tribunal que este conociendo sobre el litigio. Se debe de considerar de oficio el mismo tribunal si jurisdicción y competencia, según lo que establece el artículo 293.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En segundo lugar, se procede a la fundamentación de la propuesta, si bien la prueba anticipada será considerada como si se produjera en un momento procesal ordinario se exige una exposición de motivos para justificar la utilidad de la prueba anticipada, ya sea por el estado de las cosas o por el estado de las personas, no se pueda llevar en el momento probatorio oportuno, en referencia al artículo 293.1 y 294.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La decisión del Tribunal, según los artículos 294.2 y 295.1 establece que: si el tribunal estimare fundamentada la razón para el anticipo de prueba,

se proceda al trámite correspondiente; citando a continuación a la parte contraria para que participe en la práctica de la prueba anticipada.

En el artículo 295.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula el término y valor probatorio que tendrá el anticipo de prueba, en donde una vez realizado dicho anticipo y sin haberse iniciado el proceso correspondiente se debe presentar la demanda dentro de los dos meses siguientes de practicada la prueba anticipada, caso contrario la prueba anticipada pierde su valor probatorio, en nuestra legislación el término para presentar la demanda después de realizado un anticipo de prueba es de un mes tal como lo establece el artículo 328 inciso último del Código Procesal Civil y Mercantil.

En último lugar, se realiza la custodia e incorporación una vez obtenida la prueba anticipada, antes de iniciado el proceso, quedará bajo custodia del secretario del Tribunal, hasta una vez interpuesta la demanda, a la cual se incorporará la prueba anticipada, según lo establecido en el artículo 296.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA.

En este capítulo desarrollaremos todo lo relacionado a la prueba, y su regulación en el Código Procesal Civil y Mercantil.-

3.1 DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA

3.1 .1 DEFINICIÓN DE PRUEBA.

Algunos autores consideran que la palabra prueba proviene del adverbio PROBE que significa honradamente por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende, otros establecen que proviene de la palabra Probandum que significa recomendar, patentizar, hacer fe⁴³.

Para Montero Aroca, la prueba es “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos proporcionados por las partes, certeza que en unos casos derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijaran los hechos. De lo anterior podemos destacar los siguientes puntos: que es una actividad procesal, como consecuencia de realizarse dentro del Proceso; es proporcionada por las partes⁴⁴ y es el Juez quien tiene la obligación de valorarla.

La definición que realiza Casado Pérez se asemeja a la de Montero Aroca al definir a la Prueba como una institución jurídica con la finalidad de aportar al Juez datos que le permitan satisfacer la pretensión, para lo que

⁴³ Castillo Larrañaga, José y otro. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**, 2º Edición, Editorial Porrúa México, 1950

⁴⁴ De estos dos puntos existen excepciones tales como: el Anticipo de Prueba la cual es una actividad Procesal pero no siempre se da dentro del proceso, tal como lo prescribe el artículo 326 del CPCyM inciso primero al establecer que se podrá llevar a cabo el procedimiento de anticipo de prueba si aun no se ha iniciado el Proceso en el que se pretenda hacer valer; también el Juez puede ordenar diligencias para mejor proveer siempre y cuando sea sobre la prueba que fue debidamente aportada por las partes, según lo establece el artículo 321 del CPCyM.

bastará una resolución fundada en derecho que responda afirmativa o negativamente a la reclamación o pretensión deducida en el proceso⁴⁵.

La prueba Civil, la cual es objeto de estudio en este capítulo, se considera normalmente como comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio⁴⁶, en consecuencia en sentido procesal prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio⁴⁷.

La prueba es la herramienta que el legislador ha previsto y regulado dentro del proceso para que las partes tengan la posibilidad en igualdad de condiciones de lograr la convicción del Juez acerca de los hechos que las partes han establecido en su demanda o contestación de demanda.

En nuestro sistema procesal civil recientemente entrado en vigencia se regula la Actividad Probatoria en el capítulo tercero, Título segundo del Libro II del CPCyM, que inicia con el artículo 312, teniendo por epígrafe el Derecho de Probar que reza: *“Las partes tienen derecho a 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; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados”*.

⁴⁵ Casado Pérez, José María. **La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño**. Editorial Lis, Primera Edición, 2000 El Salvador Pág. 18

⁴⁶ Couture, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, Ediciones De palma, Tercera Edición, Buenos Aires, 1958, Pag.215-216

⁴⁷ *Ibidem* Pág. 217

El anterior artículo está en consonancia con lo que establece nuestra Carta Magna en su artículo 11 que establece: “*Nadie puede ser privado del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y a la posesión ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.....*”; este artículo y el anterior reconocen el derecho que tiene las partes de probar en juicio⁴⁸.

3.1.2 CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA.

3.1.2.1 LEGALIDAD DE LA PRUEBA

La legalidad impone, en primer lugar que sólo los medios de prueba establecidos en la Ley son admisibles en el proceso civil, esto implica que solamente se considerarán medios de prueba admisibles y legales si se cumple con el principio de legalidad establecido en el artículo 3 y con lo establecido en los artículos 312 “...y a utilizar los medios que este Código prevé,...” y el 316, todos del CPCyM los que se practican del modo establecido en la Ley; es decir con la presentación de la demanda como lo establece el artículo 276 ordinal 9º y dentro del período probatorio del proceso, con las excepciones establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil, un ejemplo claro de ello sería la prueba anticipada. Sólo los medios de prueba introducidos dentro del término probatorio han de ser considerados por el juez para valorar.

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*”. En este artículo se establece la legalidad o licitud de la prueba en el sentido que

⁴⁸Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, El Salvador, Pág. 360

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 donde se establece la garantía de debido proceso.

La legalidad persigue asegurar que todos los actos del proceso se rijan por lo establecido de manera previa en el CPCyM., implica además que el medio de prueba se practique siguiendo escrupulosamente los trámites del código, y la forma de cómo pudo saberse en su origen que la información existía. No es que la fuente sea ilícita lo es el modo en que se consigue su conocimiento, lo que prohibiría que dicha prueba pueda valorarse en la sentencia.⁴⁹

En un segundo aspecto la licitud comprende la forma de obtención del medio de prueba a utilizar; la cual debe ceñirse a la ley para que sea eficaz, lo que quiere decir es que la incorporación de las pruebas debe regirse por la moral y el respeto a la persona humana. Esto significa que se debe analizar el carácter de ilicitud que puedan tener algunos medios probatorios, como por ejemplo cuando se obtienen los testimonios o las confesiones mediante el suministro de drogas a los sujetos, o las pruebas obtenidas mediante coacción e irrespetando la moral, las buenas costumbres y la dignidad humana. La prueba debe obtenerse, respetando principalmente los derechos fundamentales ya que si se vulnera en algún aspecto alguno de estos derechos; el juez no deberá de admitirlos, esto acorde a lo que establece el artículo 316 del CPCyM incisos primero y segundo, el cual al tenor literal dice: *“Las fuentes de prueba deberán obtenerse de forma lícita,*

⁴⁹Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, El Salvador, pag.348

quedando expedita a las partes la posibilidad de denunciar su origen u obtención cuando sean contrario a la ley.

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

En un último lugar, la licitud abarca la forma en cómo se practican los medios probatorios, los cuales deben de hacerse de acuerdo al procedimiento regulado en el artículo 316 inciso último del CPCyM que reza: *“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.”*

3.1.2.2 UTILIDAD DE LA PRUEBA

Este requisito alude a la aptitud del medio de prueba para contribuir a la acreditación del hecho.

En nuestra legislación, la utilidad de la prueba es regulada en el artículo 319 del CPCyM, que establece: *“No deberá admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos.”*

El límite de la utilidad se encuentra expresamente recogido en el artículo 283.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española donde se afirma: *“Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a*

esclarecer los hechos controvertidos". Está claro que la prueba "inútil", en la medida en que no será apta para formar la debida convicción judicial queda excluida del contenido del derecho a la prueba.

No podemos confundir la "utilidad" de la prueba con su eventual "eficacia", el juzgador no debe denegar una prueba por entender que no dará el resultado pretendido, ya que de esta forma se está prejuzgando la eficacia de la prueba; así mismo no debe equipararse "utilidad" con "abundancia" y denegar una prueba por entender el juez que ya existe material probatorio suficiente para lograr su convencimiento sobre los hechos litigiosos. La calidad de una prueba (utilidad) no debe verse afectada por la cantidad de prueba (abundancia) por lo que en la actividad probatoria pertinente y útil debe practicarse al margen del resto de la prueba aportada.⁵⁰

3.1.2.3 PERTINENCIA DE LA PRUEBA

Se califica de pertinente a la prueba que recae sobre un hecho relacionado con lo que se trata de probar, mediante algunas de las relaciones lógicas posibles entre los hechos y sus representaciones⁵¹.

La prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de demostración, contempla también la relación que el hecho por probar pueda tener con el litigio o la materia del proceso de jurisdicción voluntaria o de la investigación o con el incidente si fuere el caso.

⁵⁰ XIX Jornada Iberoamericanas de Derecho Procesal, V Congreso Venezolano de Derecho Procesal, Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal, Caracas, 2002: Ponencia de Joan Picó I Junoy, "El Nuevo Derecho a la Prueba en el Proceso Civil Español", Pág.486-489

⁵¹ Ob. Cit. Larragaña, Rafael de Pina, Pág. 236

De lo anterior se pueden establecer las siguientes conclusiones:

- A. No se confunde con la utilidad de la prueba, ya que a pesar de que la prueba pueda ser pertinente, no resulte útil pues el hecho pueda estar suficientemente acreditado con otras, o porque goce de presunción legal o de notoriedad pública o que la ley exija una distinta.
- B. Corresponde al juez apreciarla y es cuestión de hecho, no de derecho.
- C. Debe examinarse al momento de formularse en la solicitud de la demanda⁵².

La pertinencia de la prueba se regula en el artículo 318 del CPCyM, el cual reza: “*No deberá admitirse ninguna prueba que no guarde relación con el objeto de la misma.*” Aquí vemos que el legislador lo que reguló es la impertinencia de la prueba para así facultar al Juez de declarar la prueba inadmisibles cuando esta fuere manifiestamente improcedente o superflua, o meramente dilatoria⁵³.

La calificación de impertinente recae sobre la prueba que no se refiere directa ni indirectamente a los hechos alegados en el proceso.

3.2 ÓRGANO, MEDIO, FUENTE Y OBJETO DE PRUEBA.

3.2.1 ÓRGANO PRUEBA

Se entiende como órgano de prueba a aquellos sujetos que *portan elementos y los transmiten al proceso*, su función es la de un intermediario

⁵²Echandia, Hernando Devis, **Compendio de Pruebas Judiciales**, Rubinzal Culzoni, Argentina, Págs. 188-193

⁵³Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, El Salvador, Formato PDF, Pág. 365

entre la prueba y el juez, los órganos de prueba son las personas que se limitan a colaborar con el juez en la actividad probatoria, como testigos actuarios de las inspecciones que exigen algunos códigos de procedimientos o a suministrarle el conocimiento del objeto de la prueba, como los peritos, intérpretes, testigos comunes, funcionarios judiciales o administrativos o de policía, copias o certificados, las partes que confiesan en interrogatorios y que son las autoras de documentos allegados al proceso.

Así por ejemplo en la reconstrucción de un hecho, las personas que participan son órganos que transmiten conocimiento de cómo podría haber sucedido el hecho que se investiga.⁵⁴

Los órganos de prueba son generalmente los terceros no intervinientes y las partes solo cuando son autores de medios de prueba, declaración de parte o documentos, nunca el juez⁵⁵.

3.2.2 MEDIO DE PRUEBA

Guasp define los medios de prueba diciendo que: “Son aquellos instrumentos que, por el conducto de la fuente de la prueba, llegan eventualmente a producir la convicción del Juez. Pueden ser tanto personas (confesión), como cosas (documentos, inmuebles), como acaecimientos (presunciones)”.

Ampliando la definición anterior Guasp establece: “Medio de Prueba es todo aquel elemento que sirve, de una u otra manera, para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal.”⁵⁶

⁵⁴CafferataNores, José I. **La Prueba en el Proceso Penal**, Edición Depalma, Buenos Aires Argentina, 1996. Pág. 20-21

⁵⁵ Ibídem Echandía pág. 150

⁵⁶ Pallares Eduardo, **Diccionario de Derecho Procesal Civil**; Editorial Porrúa , Decima Octava Edición, México D.F., 1988, Pág. 560

Los Instrumentos, personas y elementos que se mencionan en las definiciones anteriores los encontramos regulados en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil en los diferentes medios probatorios que son: Documentos, Declaración de Parte, Interrogatorio de Testigos, Prueba pericial, Reconocimiento Judicial y Medios de Reproducción del Sonido, Voz o de la Imagen y Almacenamiento de Información.

3.2.3 FUENTE DE PRUEBA

Son fuentes de prueba, los “hechos percibidos por el Juez y que le sirven para la deducción del hecho que va a probar”, sea que constituyan o no la representación del segundo, según opinión de Carnelutti.

Para que la fuente de prueba llegue a la mente del Juez y éste la reconozca es indispensable una operación mental precedida de otra sensorial, es decir que el juez tenga conocimiento por sus sentidos de los hechos controvertidos en el proceso; y que tendrá como resultado: la deducción que se hace sobre lo percibido.⁵⁷

La fuente de prueba puede consistir, pues, en hechos representativos de otros o simplemente expresivos de sí mismos, entendiendo por tales las cosas o los objetos; los acontecimientos físicos o naturales; las conductas y las relaciones humanas y aun las personas físicas o naturales, de donde el juez pueda deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos⁵⁸; tenemos por ejemplo que fuente de prueba pueden ser, las personas que darán su testimonio; el inmueble que será objeto de inspección judicial; el documento

⁵⁷ Ob. Cit. Echandia, Pág. 155

⁵⁸ *Ibidem* pág. 165

donde se acredita la obligación del deudor para con el acreedor; la memoria flash que contiene información contable de una sociedad.

3.2.4 OBJETO DE PRUEBA.

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 acreditación⁵⁹.

Los hechos objeto de prueba se pueden definir “como todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios individuales o colectivos, que sean perceptibles inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y el juicio o calificación que de ellos se tenga; los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana⁶⁰.”

El objeto de prueba se encuentra regulado en el artículo 313 del CPCyM que establece: *La prueba tendrá por objeto:*

1º Las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos.

2º La costumbre, siempre que las partes no se pongan de acuerdo sobre su existencia o sobre su contenido.

⁵⁹ Jurisprudencia CNCJV, Sala E, 2-8-84-1 L, 1985-A-304, Argentina.

⁶⁰ *Ibídem* DevisEchandia, Pág. 92

3° *El derecho extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia; pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para asegurar su conocimiento*”.

3.2.3.1 EXCEPCIÓN DE PRUEBA:

Ya hemos establecido que el objeto de prueba son los hechos, los cuales son establecidos por las partes en la demanda y contestación de la demanda; sin embargo no todos los hechos necesitan ser probados, tales como: los hechos admitidos por las partes, hechos notorios, los evidentes y la costumbre, tal como lo establece el artículo 314 del Código Procesal Civil y Mercantil, que literalmente dice: “*No requieren ser probados:*

1° *Los hechos admitidos o estipulados por ambas partes.*

2° *Los hechos que gozan de notoriedad general.*

3° *Los hechos evidentes.*

4° *La costumbre, si las partes estuvieren conformes con su existencia y contenido y sus normas no afecten el orden público*”.

Los hechos admitidos o estipulados por ambas partes: Es el principio dispositivo el que veda la práctica de la prueba sobre ellos: en el proceso civil regido por ese principio, las partes deben disponer de sus pretensiones y de los fundamentos de ellas, así jurídicos como fácticos. La no contradicción de los hechos admitidos no se debe, por tanto, a la idolatría de un sucedáneo de la verdad denominado *verdad formal*, sino al debido respeto a la voluntad de las partes.

Los hechos que gozan de notoriedad general: Es la cualidad que el tribunal atribuye a un hecho en razón de su general conocimiento como positiva o negativamente cierto y por la cual considera innecesaria toda prueba sobre ese hecho, es una definición en el sentido de que la ofrece el citado Stein, sobre hechos notorios: “hechos tan generalizadamente percibidos y divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el Juez en el proceso mediante la práctica de la prueba”.

Los hechos evidentes: Son nada más que las llamadas máximas de la experiencia, aquellos juicios generales que se extraen a partir de la observación de una serie idéntica de sucesos y que sirven para comprender estos e interpretar sus causas y características⁶¹

Estas máximas pueden ser de dos tipos: aquellas máximas pertenecientes al patrimonio cultural común de una colectividad, las cuales no necesitan probarse pues también las conoce y aplica el juez, también están las máximas de la experiencia técnica estas, por el contrario necesitan de prueba pues las aportan personas con titulación en ciertas áreas técnicas o de las ciencias; se introducen al proceso por medio de la prueba pericial.

Los hechos evidentes no se focalizan en un suceso concreto acaecido en un día y en un lugar determinado, son producto de verificaciones reiteradas como por ejemplo: la hora en que suele amanecer todos los días en el verano, la velocidad a la que puede correr una persona normal.

⁶¹Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, El Salvador, Pág. 402

La Costumbre: Es la repetición de ciertos actos, de manera espontánea y natural que por la práctica adquieren fuerza de Ley, es un producto de la voluntad de los individuos nacida de una serie de actos idénticos sucesivamente respetados: se forma de manera más espontánea que la Ley, bajo impulsión inmediata de las necesidades⁶²

Para que la costumbre se encuentre exenta de ser probada esta debe ser admitida por ambas partes, es decir que deben estar conformes con su existencia y contenido además sus normas no deben afectar el orden público; como ejemplos de costumbre podemos citar: las medidas de peso como el medio y el cuartillo que varía según la zona geográfica del país, en San Salvador un medio de maíz pueden ser dieciséis libras y es medida exacta según la costumbre de los lugareños, pero en San Miguel esa misma medida puede variar siendo mayor o menor la cantidad a dar, según la costumbre que se tenga.

3.2.4 DISTINCIÓN ENTRE MEDIO, FUENTE, ORGANO Y OBJETO DE PRUEBA

Hay que tener claro primeramente que la fuente existe antes del proceso tal como lo establece Montero Aroca⁶³, y se aporta a este como medio; a continuación retomaremos algunas diferencias conceptuales entre estas dos figuras, citando a Sentis Mellado:

⁶² Cabanellas, Guillermo, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, 26 Edición, Tomo II; Editorial Helenista, 1998, Buenos Ares, Pág. 402

⁶³ Montero Aroca, Juan. **La Prueba en el Proceso Civil**. Editorial Thomson Civitas, Quinta Edición, 2007, Pág. 151.

Fuente es un concepto extrajurídico ya que corresponde a una realidad anterior al proceso, mientras que el medio es un concepto netamente jurídico.

La fuente es independiente del proceso, es decir no conlleva consecuencias procesales, si esta no se produce en cambio, el medio se verifica dentro del proceso, depende de este y producirá efectos procesales.

Las partes buscarán las fuentes que servirán para probar sus pretensiones y las encajarán con los medios para poder producirlas en el proceso.

Para establecer claramente cuál es la fuente y el medio analizamos los siguientes ejemplos:

En la declaración de parte: la fuente es la persona y su conocimiento de los hechos, mientras que el medio es su declaración en el proceso, siguiendo el procedimiento regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil.

En la prueba documental: el documento es la fuente, y el mismo deberá aportarse al proceso mediante la actividad establecida legalmente, es decir, por el medio.

En el interrogatorio de testigos: el testigo y su conocimiento de los hechos es la fuente y el testimonio, lo que va a declarar en el proceso según lo regulado en la ley será el medio.

En el dictamen de peritos: la fuente no es el perito, sino la cosa materia o persona que se somete a la pericia, mientras que el medio es la actividad pericial y el informe o dictamen.

En la prueba de reconocimiento judicial: la fuente es el lugar, objeto o persona reconocida, mientras que el medio es la actividad del reconocimiento.

Ahora bien, la diferencia entre el órgano de prueba y el medio de prueba es que el primero es un intermediario entre el Juez y el conocimiento que aquel pueda transmitir a este último⁶⁴, por ejemplo en la prueba pericial; el perito que es el órgano de prueba y como ya lo hemos establecido el medio de prueba es el peritaje.

El objeto de prueba como ya lo hemos acotado antes son los hechos que se quieren probar en el momento procesal oportuno y el medio de prueba es lo que servirá para hacer llegar al conocimiento del juez sobre esos hechos.

3.3 MEDIOS DE PRUEBA CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.

Estos están regulados en el libro segundo, Título Dos, Capítulo Cuarto, en el Artículo 330 del CPCyM que reza: *“La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código.*

Los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados.”

⁶⁴ Washington Abalos, Raúl. **Derecho Procesal Penal, Tomo II: Sujetos Procesales, Actos Procesales, Teoría de la Prueba, Medios de Prueba.** Ediciones Jurídicas CUYO, Argentina, Pág. 371.

Los medios de prueba regulados en este Código son: Los Documentos, La declaración de parte, los peritajes la inspección judicial, la prueba testimonial, los medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información, de cada uno se hará una breve explicación y en el capítulo cuarto se expondrá su procedimiento adecuado al proceso civil.

Es de resaltar en este artículo el inciso segundo en el cual da lugar al principio de ***Libertad o amplitud de prueba***⁶⁵, en virtud del cual las partes o litigantes pueden hacer uso de los medios que tengan a disposición aun si no están regulados en la ley siempre y cuando estos no afecten la libertad o moral de las partes o terceros y no estén expresamente prohibidos por la ley para el caso.

3.3.1 PRUEBA DOCUMENTAL:

La prueba documental: es la que se hace por medio de documentos en la forma prefijada en las leyes procesales⁶⁶. Para Kielmanovich los documentos son un objeto material originado por un acto humano, susceptible de representar por sí mismo y para el futuro, un hecho o una serie de hechos percibidos en el momento de su confección⁶⁷, Carnelutti destaca entorno de la coetaneidad de la percepción del hecho representado con la creación del documento, que “quien describe por escrito un hecho que percibió en otra ocasión, forma un testimonio, porque quiere representar actualmente un hecho pasado mediante el acto de escribir”.

⁶⁵ Código Procesal Civil y Mercantil, Comentado, El Salvador, Pág. 377

⁶⁶ Ob. Cit. Castillo Larrañaga, José, Pág. 267

⁶⁷ Kielmanovich, Jorge. **Teoría de la Prueba y Medios Probatorios**. 2ª Edición, Rubinzal-Culzoni Editores 2001, Argentina, Pág. 364

En el CPCyM en la Sección Primera del capítulo IV se hace referencia a la prueba documental estableciendo la distinción de los instrumentos públicos y los privados los primeros regulados en el artículo 331 y los segundos en el artículo 332 del CPCyM, en los que establece que los **Documentos públicos** son los otorgados por autoridades o funcionarios públicos dentro de los límites de sus atribuciones, o por personas investidas de fe pública dentro de los límites del ámbito de su competencia en legal forma⁶⁸ Los documentos públicos son en líneas generales, los extendidos con las formalidades que establece la ley y con intervención de un funcionario autorizado a darle fe pública; el carácter de público del documento o instrumento aparece dado en términos generales por la calidad del autor del mismo, en tanto lo haga dentro de su competencia territorial y con las formalidades que la Ley dispone; los **documentos Privados**: son aquellos en que se consigna alguna disposición o convenio por personas particulares, sin la intervención de notario ni de otro funcionario que ejerza cargo por autoridad pública, o bien con la intervención de estos últimos, pero sobre actos que no se refieran al ejercicio de sus funciones⁶⁹.

Los documentos se consideran dentro del ámbito procesal importantes por su carácter de permanentes de la representación de los hechos que contiene, sea ello con la finalidad de dar nacimiento a una relación jurídica o de servir de prueba acerca de su existencia en un momento posterior.

Alsina, enseña “La prueba instrumental es una de las más eficaces, no solo porque consigna con exactitud el pensamiento de las partes al celebrar un negocio jurídico, evitando que con el tiempo se borren de la memoria las circunstancias y por menores que se tuvieron en cuenta en ese momento”, lo

⁶⁸ Ibídem Castillo, pág. 268

⁶⁹ Ibídem Castillo, Pág. 270

anterior no excluye la posibilidad de que el documento pueda ser alterado en su contenido, sin embargo se puede reafirmar su autenticidad mediante el peritaje.

3.3.2 PRUEBA TESTIMONIAL:

Podemos definir la prueba testimonial diciendo que consisten en las declaraciones judiciales emitidas por personas extrañas al proceso, definición que se adapta íntegramente a la de Mortara cuando dice: “la prueba testifical se constituye por las declaraciones que los terceros ajenos al litigio dan al Juez en presencia y conocimiento de las partes”. En nuestra legislación, la prueba documental se regula a partir del artículo 354 del CPCyM donde se establece que las partes podrán proponer como medio de prueba a personas que sin ser partes presten declaración en los hechos de su conocimiento siempre que tengan relación con la controversia. A esta persona ajena al proceso se le denomina testigo, quien comunica al juez el conocimiento que posee acerca de determinado hecho⁷⁰.

El testigo transmitirá al juez el “conocimiento” que tenga sobre una determinada circunstancia, pues como Expresa Carnelutti: no es un “narrador de un hecho” si no “narrador de una experiencia”. El relato que transmita el conocimiento debe circunscribirse a lo percibido sensorialmente, no puede exigírsele al testigo que exprese su parecer con respecto a lo vivenciado, a demás de probar un hecho, circunstancia o cosa concreta⁷¹.

⁷⁰García, Jesús Eberto. **La prueba Testimonial en materia civil**, Tesis, Universidad De El Salvador, 1976, Pág. 35

⁷¹Jauchen, Eduardo M. **Tratado de la Prueba en Materia Penal**. Rubinzal Culzoni Editores, Argentina, Pág. 285-286

El artículo 355 del CPCyM establece que cualquier persona puede ser testigo, salvo que se encuentre privado permanentemente de razón o del sentido indispensable para poder tener conocimiento de los hechos que son objeto de prueba; así mismo que los menores de doce años pueden dar su declaración si poseen cierto discernimiento para declarar y conocer de los hechos.

3.3.3 DECLARACIÓN DE PARTE:

Es la especie de declaración o testimonio en el que los hechos contenidos son perjudiciales para el declarante o cuando menos favorables para el adversario, de aquella otra en la que el testimonio carece ya de ese efecto, o siquiera de una directa e inminente finalidad probatoria, pues se trata de la *prose declaratio*⁷², o de una simple narración informativa o aclarativa.⁷³

Una declaración oral de parte puede ser totalmente favorable a quien la hace o referirse a cuestiones de derecho, en cuyo caso tampoco contendrá una confesión, por lo que es necesario, distinguir entre declaración de parte (genero) y confesión (especie); toda confesión es una declaración de parte, pero esta no es siempre una confesión.⁷⁴

La declaración se toma por interrogatorio que lo realiza la parte que lo ha propuesto y deben basarse sobre los hechos, personales o no que tengan

⁷² Declaración Favorable al declarante.

⁷³ Ob. Cit. Kielmanovich, Jorge L. Pág. 447

⁷⁴ Ob. Cit. DevisEchandia Pág. 579

relación con el pleito con el fin de reconocer o negar su existencia o realidad, reconocimiento o negativa que serán valorados por el Órgano Judicial⁷⁵.

La declaración de parte es parte de las novedades en cuanto a los medios probatorios que establece el CPCyM, viene a sustituir la “confesión” esta declaración está más acorde al texto constitucional del artículo 12, en cuanto al derecho de defensa y el de la abstención de declarar contra sí mismo; en este sentido cualquiera de las partes podrá solicitar en interrogatorio de la contraparte o de la que pretenda serlo en el futuro sobre los hechos que tengan noticia y guarden relación con el objeto del litigio, además de proponer su propia declaración⁷⁶.

3.3.4 PRUEBA PERICIAL

Es aquella que es suministrada por terceros que, a raíz de un encargo judicial y fundado en los conocimientos científicos, artísticos o prácticos que poseen, comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen.⁷⁷

Para Arazi: “es el medio por el cual las personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos, los ponen en conocimiento del juez y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos, a fin de formar la convicción del juez siempre que para ello se requieran esos conocimientos”⁷⁸

⁷⁵Llobregat, J. Garberi, y otros. **Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento Civil Tomo III**. Editorial Bosh. S.A, Barcelona, 2001., Pág. 91

⁷⁶ Código Procesal Civil y Mercantil, Comentado, El Salvador, Pág. 385

⁷⁷ Ob. Cit. Kielmanovich L. Jorge, Pág. 555

⁷⁸AraziRoland, “La Prueba”, Pág. 265; así citado por Kielmanovich L. Jorge, “**Teoría de la Prueba y Medios Probatorios**” Rubinzal- Culzoni Editores, Pág. 555

El dictamen de peritos o Prueba Pericial es un medio concreto de prueba (art.299.1, 4.1 LEC), en virtud de la cual una persona con conocimientos especializados (científicos, artísticos, técnicos, prácticos), que el Juez no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el Órgano Jurisdiccional pueda valorar mejor los hechos y circunstancias relevantes en el asunto, o adquirir certeza sobre ellos. La prueba pericial es como la testifical, una prueba de *naturaleza personal*, puesto que es una persona, el perito, quien dictamina e informa al juez.

La peritación es una actividad desarrollada en virtud de encargo judicial, por personas especiales calificadas, distintas e independientes de las partes y del juez del proceso, por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento, respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes. Es una prueba ilustrativa sobre materia técnica, que escapa al conocimiento del magistrado.⁷⁹

La Prueba Pericial se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuatro, Sección Cuarta del artículo 375 al 389.

La procedencia de la Prueba pericial se encuentra regulada en el artículo 375, que literalmente dice: *“Si la apreciación de algún hecho controvertido en el proceso requiere conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, las partes podrán proponer la práctica de la prueba pericial.”*

⁷⁹ Falcón M. Enrique, **“Tratado de la Prueba Civil, Comercial, Laboral, Penal, Administrativa”** Tomo II, Editorial Astrea, 2003, Págs. 4-5

Todo perito deberá manifestar en su dictamen la promesa o juramento de decir verdad, así como el hecho de que ha actuado y actuará con objetividad”.

Más adelante abordaremos la procedencia de la prueba pericial, así como el procedimiento para poder realizar y solicitar este tipo de prueba y los requisitos necesarios para ser perito, entre otros, de los cuales se encuentran establecidos en el CPCyM.

3.3.5 RECONOCIMIENTO JUDICIAL.

Se trata de la comprobación personal de un hecho del proceso realizado directamente por el Juez, pero que excepcionalmente es delegado (según el caso planteado en el artículo 393 del CPCyM, que en su epígrafe: Facultad para Delegar su Realización.)

El Reconocimiento Judicial, es una fuente que consiste en una serie de actos de conducta del Juez, dirigidos a alcanzar personalmente la percepción directa de un fragmento de realidad vinculada con el *factum*, ya sea porque es parte de este o porque actúa de modo de hecho indicador”⁸⁰

Es la prueba cuyo fin es ubicar al juez frente a determinado objeto, con el propósito de lograr que adquiera una vivencia propia. Es una prueba de cognición con naturaleza particular. ⁸¹

Es un medio de prueba que permite al juzgador conocer y apreciar los hechos como consecuencias de tener un contacto directo con los objetos

⁸⁰ Lazon, “El Conocimiento de los Hechos”, Pág. 136, así citado por Falcón M. Enrique, “**Tratado de la Prueba Civil, Comercial, Laboral, Penal, Administrativa**” Tomo II, Editorial Astrea, 2003.

⁸¹ Ibídem, Pág. 407

materiales, lugares y personas. Se constituye un medio de prueba directo, ya que entre el hecho a probar y el juez no hay ningún intermediario.

El Reconocimiento Judicial se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuatro, Sección Quinta del artículo 390 al 395.

La procedencia del Reconocimiento Judicial se encuentra regulado en el artículo 390, que literalmente dice: *“Si para el esclarecimiento de los hechos es necesario que el Juez reconozca por sí a una persona, objeto o un lugar, se podrá proponer este medio de prueba*

El Juez podrá ordenar de oficio el reconocimiento judicial cuando lo considere necesario para dictar sentencia”.

3.3.6 MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DEL SONIDO, VOZ O DE LA IMAGEN Y ALMACENAMIENTO DE INFORMACIÓN.

Una de las grandes novedades incorporadas a nuestro ordenamiento procesal civil radica en el reconocimiento como un verdadero medio probatorio los medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información, a través de cualesquiera medios, técnicas que posibiliten la realización de dicha reproducción, así como de los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos cifras, operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase que sean relevantes en el proceso.

Lo anterior es producto de relegar el sistema de la prueba Tasada, y abre puertas a un tipo de evidencia que ésta por mas decir que es la base actual de almacenamiento de la información, en este sentido, las nuevas tecnologías pueden suministrar a los litigantes eficaces instrumentos para acreditar o probar los hechos en que fundan sus pretensiones.

Con dicha regulación se intenta adecuar el elenco de los medios de prueba admisibles en el proceso actual. Téngase en cuenta además que la reproducción de sonidos o imágenes o el conocimiento a través de otros medios técnicos de datos, pueden ser calificados como auténticos medios de prueba que se desarrollan sobre fuentes de prueba tales como cintas magnetofónicas, cintas de video, diskettes, discos magnéticos compactos, etc., las cuales como es sabido eran flexiblemente conceptuadas como “documentos” por la jurisprudencia para facilitar su acceso a la fase probatoria del procedimiento.⁸²

En el momento procesal fijado para la producción de la prueba, es decir en curso de la audiencia previa del juicio ordinario (audiencia preparatoria).

Las partes pueden poner como pruebas palabras, imágenes y sonidos, que han de obrar en los soportes técnicos correspondientes (cintas magnetofónicas, etc.), los cuales habrán de haber sido aportados al proceso por las partes.

⁸²Garberi Llobregat, José, y otros, **Los Procesos Civiles, Tomo III, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, con Formularios y Jurisprudencia**, Editorial Bosch, S.A. Barcelona, Pág. 249-243

En el momento de proponer dicho medio de prueba, la parte habrá de acompañar, si así lo estima conveniente la transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso, así como los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes, tales como, por ejemplo la testifical, de la persona responsable de la grabación o filmación cuya reproducción se insta.

Para el desarrollo del juicio deben haber aparatos adecuados para llevar a cabo la reproducción, de no haberlos la parte interesada pueda aportarlos, certificando su normal funcionamiento.

De los actos que se realicen en la práctica de este medio probatorio se levantara por el secretario la oportuna acta donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las grabaciones, etc.

El material de reproducción deberá conservarse por el tribunal bajo la custodia del secretario.⁸³

Los Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información se encuentran regulados en el Libro Segundo, Título dos, Capítulo cuatro, Sección Sexta de los artículos 396 al 401.

La proposición de estos medios de prueba se encuentra regulada en el Artículo 396, que literalmente dice: *“los medios de reproducción del sonido, voz, los datos o la imagen podrán ser propuestos como medios de prueba.”*

⁸³ *Ibíd*em, Págs. 249-253

3.4 LA CARGA DE LA PRUEBA

La carga de la prueba como lo establece el artículo 321 del código procesal civil y mercantil de nuestro país, determina que *“la carga de la prueba es exclusiva de las partes. Sin embargo, respecto de la prueba, que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio...”*

Las partes tienen la carga de la alegación y de la prueba. Esta última es consecuencia de la primera, ya que no puede producirse prueba sobre los hechos que no hayan sido articulados en los escritos respectivos.

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,⁸⁴ como es el caso regulado en el artículo 390 inciso segundo del CPCyM, que establece: *“El juez podrá ordenar de oficio el reconocimiento judicial cuando lo considere necesario para dictar sentencia.”*

Inicialmente la carga de la prueba recae sobre las partes y solo en determinados casos en el juzgador. En consecuencia, corresponde a cada una de las partes ofrecer y evacuar su propia prueba, a tal grado que si no llega a ocurrir, la parte que incurrió en esa omisión posiblemente resultará vencida en el proceso⁸⁵.

⁸⁴Arazi, Roland. **La Prueba en el Proceso Civil**, ediciones la ROCCA, Buenos Aires, Argentina, 2001 pags.87

⁸⁵Olaso Álvarez, Jorge. **La Prueba en Materia Civil**, EDITORAMA, San José, Costa Rica, 2006, pág. 41

Debemos tener en cuenta que con la carga de la prueba está íntimamente vinculada la afirmación de los hechos, conocida en la doctrina como “carga de la afirmación” y es que las partes tienen el imperativo para consignar en la demanda, las afirmaciones sobre los hechos en los cuales se fundamenta su pretensión o defensa, con el objeto de poder aportar pruebas sobre dichas afirmaciones, de igual manera la prueba anticipada forma parte del conjunto de afirmaciones que acompañan a la demanda, por ello además de su carácter de inminente la prueba anticipada al igual que el resto de pruebas debe cumplir con carga de la afirmación que le corresponden a las pruebas en general.

3.4.1 ONUS PROBANDI

La carga de la prueba vendría a ser el imperativo que pesa sobre cada uno de los litigantes de suministrar la prueba de un hecho controvertido mediante su propia actividad. Si quiere evitar la pérdida del proceso. Es la carga, es el peso, que recae sobre los litigantes, de probar sus respectivas aseveraciones⁸⁶.

3.4.2 CONCEPTO

El término carga tiene un significado propio en el lenguaje jurídico y es la traducción que en el español se acepta de la voz latina *onus*. Antes de que la expresión carga fuera adoptada y aceptada por todos los juristas, el *onus* latino o el *onere* italiano eran traducciones como peso⁸⁷.

⁸⁶Eisner, Isodoro. **La Prueba en el Proceso Civil**, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág., 61

⁸⁷ Ob. CitArazi, Roland Pags.87-99

La carga señala la conveniencia para el sujeto de obrar de determinada manera a fin de no exponerse a las consecuencias desfavorables que podrían ocasionarle su omisión.

Hemos 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 hechos⁸⁸.

Esa actividad de las partes no implica un deber de probar, sino que es una carga, esto es el peso que 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 allanamiento⁸⁹.

⁸⁸ Lino EnriquePalacio: **Derecho procesal civil, Tomo IV actos procesales**, Ediciones Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina.

⁸⁹Paillas, Enrique, **Estudios de Derecho Probatorio**, Editorial Jurídica de Santiago, Chile, 1997. Pág. 34.

En el proceso civil rige, por lo general, la carga de la prueba, concebida como el imperativo impuesto a quien afirma un hecho, en el cual basa su pretensión, de acreditar su existencia, so pena de que, si no lo hace cargará con las consecuencias de su inactividad, la cual puede llegar a ocasionar que aquella sea rechazada por no haber probado el hecho que le daría fundamento. En el proceso penal, en cambio, este principio no tiene mayor aplicación práctica.

3.4.3 LA CARGA DE LA PRUEBA COMO DEBER, COMO DERECHO O COMO FACULTAD.⁹⁰

Primero debemos descartar la carga como un deber, como señala el maestro Leo Rosenberg “nadie tiene el deber de triunfar” y es por ello que frente a una carga el sujeto puede organizar su conducta como mejor le parezca, inclusive en sentido contrario al previsto en la norma. Ello no conduce a ninguna actividad lícita o antijurídica.

También debemos descartarla como derecho subjetivo, ya que no encontramos un vínculo jurídico entre las partes ni entre estas y el juez, cuando se trata de cargas procesales. No hay un sujeto activo que pueda exigir el cumplimiento de la carga, ni uno pasivo a quien se le pueda imponer ese cumplimiento.

También debemos diferenciar entre deber obligación y carga: lo primero que debemos mencionar es que los deberes son para los sujetos públicos, aquellos citados al proceso y en algunos casos para las partes (como el deber ético), en cambio las cargas son siempre para las partes. La idea de obligación como vínculo jurídico al cual se encuentra sometido una

⁹⁰ Ob. Cit. Arazi, Roland, Pags.87-99

persona respecto de otra, por razón de una prestación, es generalmente anterior al proceso (una de las razones del conflicto) y su consecuencia (cuando la sentencia condena).

Podemos asegurar entonces que la carga de la prueba se trata de una institución autónoma que integra la teoría general del derecho, aun cuando su principal aplicación la advertimos dentro del derecho procesal

3.4.4 REGLAS SOBRE LA CARGA PROBATORIA⁹¹

Dentro de las reglas encontramos las siguientes para determinar sobre quien recae esa carga:

- I. El actor tiene la carga de la prueba: proviene de ideas del derecho romano “*onus probando incumbi actori*, se complementaba con *reus in excipien fit actor*.” es decir que correspondía al actor producir la prueba, y a su vez el demandado que oponía excepciones se transformaba en relación con la carga de la prueba, en actor.

- II. La carga es de quien afirma, no de quien niega: esta máxima del derecho hacia recaer la carga probatoria a quien afirmará un hecho y liberar a quien se limitaba a negar los hechos expuestos por su contrario. si el demandado negaba la existencia de de la obligación, por ejemplo el actor debía probar el hecho constitutivo; pero si el primero afirmaba haber pagado, el tenía la carga de probar tal afirmación.

⁹¹ Ob. Cit. Arazi, Roland, Págs.90-99

- III. La clasificación de hechos constitutivos, impeditivos o extintivos: si se enuncia la regla diciendo que quien alega un hecho constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo, invalidatorio o convalidado tiene carga de probarlo con independencia de su carácter de actor o demandado entonces ella se confunde con la anterior, ya que la carga recaerá sobre quien alega el hecho.

- IV. Los hechos normales: estos hechos están exentos de prueba, pero algunos autores pretenden formular una regla diciendo que debe probar quien alega un hecho anormal, porque lo normal se presume. además de ello debemos señalar que el concepto de normalidad es ambiguo.

- V. Que la carga de la prueba sobre quien pretende innovar: quien quiere cambiar una situación jurídica debe probar los hechos en que funda tal cambio. La crítica de esta regla se centra en la dificultad para determinar en cada caso quien alega la innovación.

- VI. Los presupuestos del hecho de la norma: esta teoría, en la cual cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de los presupuestos de hechos de las normas, sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión, es decir cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de las normas que le son favorables.

- VII. La distribución de la carga de la prueba según el efecto jurídico exigido: a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuestos a la norma que consagra el efecto jurídico

perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. en este caso el proceso civil toma en consideración el estado de los sujetos procesales, el estado de las personas, desde el punto de vista de la sentencia que esperan obtener conforme a las normas jurídicas que permitan fundar una sentencia favorable; es decir que teniendo en vista las perspectivas de una sentencia favorable o desfavorable, el proceso se va eslabonando con una serie de situaciones jurídicas donde el sujeto que contiende va ocupando posiciones más o menos ventajosas.

- VIII. La carga de la prueba y la sana crítica (Carga dinámica): Es indudable que las reglas sobre la carga de la prueba le permiten al juez dar un fallo aun cuando no esté convencido de cómo sucedieron los hechos. En nuestra opinión el juez tienen que agotar todos los medios para estar en claro acerca de los hechos alegados por las partes, utilizando las facultades que le otorga la ley procesal para tal fin. Pero si la duda persiste, entonces recurrirá a las reglas sobre la carga de la prueba.

3.5 SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

En la historia de la cultura jurídica, y en los tiempos más remotos, la valoración de la prueba estuvo sometida a la superstición, a la religión y a la magia. Los pueblos primitivos no podían comprender el fenómeno delictivo y buscaban en la divinidad socorro y ayuda. Así surgieron los juicios de Dios, las Ordalías y el Juramento del acusado. Creían que Dios ayudaba al inocente. El juramento gozaba de protección divina, pues quien juraba en

falso debía ser culpable. La ignorancia fue el motivo de estos desquicios de sistemas probatorios que carecían de todo valor jurídico.⁹²

En el periodo de la República Romana, cabe destacar, tampoco hubo reglas especiales respecto a la prueba, por cuanto el pueblo ya sea que se reuniera en comicios o por centurias, o por tribus, emitía el dictamen final sin ninguna regla específica de valoración de la prueba. Se puede decir que el íntimo convencimiento reinaba de manera absoluta, y tal vez sin un análisis crítico de la prueba producida. Bajo el imperio romano se dictaban pautas valorativas respecto a la prueba, pero no fundan una teoría especial sobre ella.

La edad media fue marcada por un procedimiento inquisitivo donde el Juez estaba dotado con poderes de investigación teniendo como meta la verdad real.⁹³ Pero también existía una restricción respecto al libre convencimiento del juez, pues se ordenan determinados valores a la prueba que la ley regula, y todas estas reglas limitativas de la libre apreciación terminan sustituyendo, en la sentencia, a la voluntad del magistrado por la voluntad de la ley.

El libre convencimiento del juez encontraba restricciones porque se ordenaban determinados valores a la prueba que la ley regula.

Ya a finales del siglo XVIII encontramos una revolución de ideas, el derecho se renueva en este aspecto y aparece una teoría de la prueba. Beccaria: “es uno de los principales propulsores, advierte claramente el libre

⁹² Washington Abalos, Raúl “Derecho procesal Penal” Tomo II: Sujetos Procesales, Actos Procesales, Teoría de la Prueba, Medios de Prueba. Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina. Págs. 397-398.

⁹³ *Ibidem* Págs. 397-398

convencimiento del juez, que es el modo natural de adquirir el conocimiento”. Durante la época inquisitiva encontramos que el juez posee ataduras a una decisión pero que no es conforme a la verdad porque posee la capacidad de conocer. Se acepta la libre convicción pero los distintos pueblos temiendo a la arbitrariedad judicial dictan reglas para evitarlas.

Se entiende por Valoración la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. Tiende a determinar cuál es su verdadera utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso; en otras palabras, cual es el grado de conocimiento que puede aportar sobre aquel.⁹⁴

3.5.1 PRUEBA TASADA (PRUEBA LEGAL).

El legislador, basado en la experiencia de siglos, regula de tal manera la prueba como modo de limitar la libre apreciación judicial en cuanto a la eficacia probatoria de los medios.

En el sistema de prueba tasada, es la ley procesal la que pre- fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).⁹⁵

⁹⁴CafferataNores, José I. “La Prueba en el Proceso Penal con especial referencia a la Ley 23-948, tercera Edición Depalma, Buenos Aires 1998, Pag.40

⁹⁵ Ibídem, Pag.40

Según este sistema el valor de cada elemento probatorio o las condiciones para que ciertos hechos se tengan por probados, se encuentran predeterminados en la ley. La valuación la hace el legislador de antemano recogiendo y plasmando de este modo la experiencia colectiva acumulada durante largo tiempo sobre la eficacia que debe otorgársele a cada prueba; el juez tiene muy poco margen para decidir por su libre convencimiento en relación con el valor real que expresan las pruebas, ya que solo puede hacerlo de conformidad a la tasación previamente establecida en la ley, aún cuando esté convencido de lo contrario y de las pruebas surja lógica y racionalmente una conclusión contraria.⁹⁶

Esto quiere decir que al juez se le permite apreciar libremente la prueba, pero aunque él esté convencido por ese análisis libre, la prueba tarifada le obliga a dictar sentencia conforme al valor que la ley le ha asignado a cada uno de esos medios. La voluntad de la Ley suple a la voluntad del juzgador. Y lo que es más grave, estos sistemas tarifados que pretendían obtener la verdad real del hecho realmente sucedido, con estas limitaciones a la capacidad individual del Juez, terminaban por esconderla en vez de descubrirla⁹⁷.

3.5.2 SISTEMA DE LA ÍNTIMA CONVICCIÓN.

En el sistema de la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de la pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o la inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellas según su leal saber y entender. A esta característica

⁹⁶Jauchen, Eduardo M., “**Tratado de la Prueba en Materia Penal**”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, Pag.51-52

⁹⁷ Washington Abalos, Raúl “**Derecho procesal Penal**” Tomo II: **Sujetos Procesales, Actos Procesales, Teoría de la Prueba, Medios de Prueba**. Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina. Págs. 397-398.

debe agregársele otra, cual es la existencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello no significa de modo alguno la autorización para sustituir la prueba, por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el buen sentido (racionalidad) connatural a todos los hombres.⁹⁸

El Juez o los Jueces Colegiados no motivaban sus sentencias, ni tenían obligación de hacerlo. Esto traía consigo inseguridad jurídica para el enjuiciado, que si bien podía apelar la resolución del juzgador, carecía de elementos para el análisis crítico de la sentencia condenatoria que obligaba su impugnación.

Este sistema es característico del juicio por jurados, adoptado por ejemplo en el sistema norteamericano y anglosajón. Importa la ausencia total de un orden normativo sobre la forma de otorgar valor a un determinado medio probatorio. Así el jurado al momento de resolver debe expresar su conclusión afirmativa o negativa para cada uno de los puntos que sobre las cuestiones de hecho se someten a su decisión, sólo en base a su íntimo convencimiento, sin necesidad de fundamentar su determinación. De esta manera el juzgador percibe la prueba, se forma su particular criterio sobre el resultado de la misma y decide por su convicción íntima, por lo que le dicta la intimidad de su conciencia.

Así concebido sintéticamente el sistema, tiene como principal sustentación la presunción de que, en el fiel cumplimiento de sus deberes cívicos, el ciudadano convocado a integrar el jurado habrá de decidir no impulsado por los sentimientos y las pasiones, sino por la razón y la lógica,

⁹⁸CafferataNores, José I. “**La Prueba en el Proceso Penal con especial referencia a la Ley 23-948**, tercera Edición Depalma, Buenos Aires 1998, P.41

movido por el apetito de justicia, aún cuando puede hacerlo sin expresar los motivos y sólo en base a la sinceridad de su conciencia.⁹⁹

Si bien este sistema, propio de los jurados populares, tiene una ventaja sobre el de la prueba legal, pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces ajenas a la verdad real), presenta como defecto evidente el de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de arbitrariedad y, por ende, de injusticia¹⁰⁰.

3.5.3 SISTEMA DE SANA CRITICA (LIBRE CONVICCIÓN).

Entre los criterios extremistas que imponen los sistemas de la prueba tasada y de la íntima convicción, según los cuales el Juez valora la prueba conforme a lo estrictamente tabulado en la ley o a lo que le indica su conciencia respectivamente, se alza un tercer sistema que, procurando compatibilizar todas las garantías posibles, presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le preestablece valor alguno, y a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios para verificar el hecho.

Las características 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

⁹⁹Jauchen, Eduardo M., “**Tratado de la Prueba en Materia Penal**”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, Pág. 51-52

¹⁰⁰CafferataNores, José I. “**La Prueba en el Proceso Penal con especial referencia a la Ley 23-948**, tercera Edición Depalma, Buenos Aires 1998, P.45

ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de libertad probatoria, 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.¹⁰¹

¹⁰¹ *Ibíd*em Pág. 48-49

4. EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.

4.1 DEFINICIÓN 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 desaparición¹⁰².

Podemos considerar que el anticipo de prueba son aquellos actos que por su naturaleza y características son considerados actos definitivos e irreproducibles, que habiéndose realizado antes del debate tienen valor probatorio para fundamentar la sentencia.

El anticipo de prueba es la actuación de un medio de prueba, con la singularidad, que esta actuación se realiza fuera de un proceso o dentro del mismo pero antes del momento procesal para su realización, con el objetivo de aportarla en una posible y futura relación jurídica procesal, la misma que se entablara entre el sujeto que solicito su actuación y el sujeto en contra de quien se solicitó la misma o contra tercero.

Para Montero Aroca 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 proceso¹⁰³. Se trata, de no asegurar la fuente, sino de practicar el medio, para lo cual, naturalmente, ese medio debe cumplir los requisitos propios de

¹⁰²Cabañas García, Juan Carlos y Otros. **Código Procesal Civil y Mercantil Comentado**. CNJ, El Salvador, 2010.

¹⁰³ Montero Aroca, Juan, **La Prueba en el Proceso Civil**. Editorial Thomson Civitas, Quinta Edición, 2007. Pág. 225

toda prueba los cuales son legalidad, pertinencia, utilidad e idoneidad los cuales se desarrollaron en el capítulo anterior.

4.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

El Anticipo de Prueba tiene naturaleza Cautelar; pues tiende a recoger pruebas útiles para un proceso futuro o en trámite ya que su finalidad no es asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia sino posibilitar su solución conservando pruebas.¹⁰⁴

De lo anterior consideramos que esta naturaleza viene dada desde el punto de vista de que lo que se busca es que se valore el 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 estimatoria¹⁰⁵.

4.3 FINALIDAD DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

En este punto es necesario establecer una distinción en base a su objeto de Diligencias Preliminares, aseguramiento de prueba y el Anticipo de Prueba.

¹⁰⁴ Cámara Nacional Civil Sala A, 27-12-94, Fatone, Armando M. C/Domínguez, Yolanda E” J.A. 1998-I sint, Así Citado por Falcón, Enrique M, **Procesos de Conocimiento**, pág. 113

¹⁰⁵ Artículo 431 de las Medidas Cautelares **“Universalidad de la Aplicación”**, del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, 2010.

Las Diligencias Preliminares tienen por objeto determinar y establecer las características el proceso, y se distinguen de la producción anticipada de prueba, llamadas también medidas conservatorias, cuya finalidad es asegurar elementos probatorios.¹⁰⁶

También las diligencias preliminares buscan facilitar a la persona que tenga interés en entablar una demanda el aclarar algunos extremos subjetivos y objetivos, los cuales le son desconocidos o que necesita verificarlos previamente con el fin de poder plantear la pretensión lo más completa posible, es por ello que se necesita realizar antes de iniciar el proceso.

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.

Establecido lo anterior 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 realización¹⁰⁷, tal como lo establece el artículo 326 inciso primero del CPCyM que reza : *“Cuando por las*

¹⁰⁶Cámara Civil Segunda de La Plata, Sala 1, L.L 71-110, Así Citado por Falcón, Enrique M. **Procesos de Conocimiento**, pág., 101

¹⁰⁷Falcón, Enrique M. **Tratado de derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo II “Avatares de la demanda, oposición, Prueba”** Rubinzal Culzoni Editores, 2006, Pág. 861

circunstancias del caso sea de temer la pérdida de un medio de prueba por la imposibilidad de reproducción de los hechos en la audiencia probatoria, sea por la situación de las personas o el estado de las cosas, y aun no se hubiese iniciado el proceso en el que habría de producirse ésta, 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”.

4.4 OBJETO DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

Podemos establecer que 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). 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.

4.5 CARACTERÍSTICAS DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

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

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 han

quedado excluidos¹⁰⁸, en nuestro caso el artículo 327 del CPCyM establece claramente cuáles son los medios de prueba que pueden anticiparse, 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 sólo 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 por la destrucción u ocultación de los mismos”.

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, pero 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...*”. Es necesario también 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

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

¹⁰⁸Morello, Augusto M. **Prueba. Cuestiones modernas.** Director la Ley, 2007, Pág. 12-13

prueba los cuales son: antes de iniciar el proceso y ya iniciado, antes de la Audiencia Probatoria.¹⁰⁹

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 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 oportuna¹¹⁰; 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.

4.6 PRESUPUESTOS BASICOS DEL ANTICIPO DE PRUEBA.

Debemos tomar en cuenta que la prueba anticipada es y debe ser estrictamente excepcional, es decir se realiza bajo ciertos criterios particulares pues al no cumplirse dichos criterios la prueba anticipada recaería sobre elementos con cualidad de reproducible, la consecuencia habría de consistir en la ausencia de su valor probatorio, es por esa razón que dicho procedimiento debe cumplir ciertos presupuestos los cuales son:

¹⁰⁹Díaz, Álvaro Paul. **La Prueba Anticipada en el Proceso Civil**. Lexis – Nexis. Chile, 2006, Pág. 18

¹¹⁰Falcón, Enrique M. **Tratado de derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo II “Avatares de la demanda, oposición, Prueba”** Rubinzal Culzoni Editores, 2006, Pág. 862-863

Irrepetibilidad: Como idea de excepcionalidad *Ferrua*; distingue entre una irrepetibilidad estructuralmente congénita al acto y siempre verificable *ex ante* asimilable a diligencias, tales como intervenciones telefónicas, secuestros, etc., y otra irrepetibilidad por efecto sobre venido pero que afecte a casos en sí mismos reproducibles destacando aquí, en especial, los interrogatorios y careos ante circunstancias objetivas que impiden su realización futura.

Irrepetibilidad material: Remitiéndose a los artículos a datos tales como muerte o incapacidad física o intelectual del testigo en orden a la práctica anticipada de su interrogatorio.¹¹¹

Previsibilidad: La producción anticipada de un medio de prueba cuando es de prever que, de esperarse a la oportunidad procesal pertinente en el proceso principal, en la audiencia complementaria, normalmente la producción de la prueba podría frustrarse sea por alteración o el perecimiento de la cosa, sea por cualquier otra circunstancia relativa al medio de prueba.

Debe de respetarse el Derecho de Defensa: Está íntimamente relacionado con el principio de defensa y contradicción regulado en el artículo 4 del CPCyM, el cual establece: que al sujeto contra quien se dirija la pretensión tiene derecho a defenderse e intervenir en todas las actuaciones. Así mismo tiene relación con el derecho a probar, regulado en el artículo 312 del CPCyM.

Por lo tanto es necesario que cuando se realice un anticipo de prueba, deba citarse a la parte contraria para que este haga uso de sus derechos, tal como lo establece el artículo 329 inciso segundo del CPCyM. La intervención

¹¹¹ Código Procesal Penal Italiano.

de las partes debe ser por medio de abogado tal como lo establece el artículo 67 inciso primero que literalmente dice: *“en los procesos civiles y mercantiles será preceptiva la comparecencia por medio de procurador, nombramiento que habrá de recaer en un abogado de la República, sin cuyo concurso no se le dará trámite al proceso.”*

Inmediación Judicial: Como en todas las actuaciones judiciales, es necesario que estas sean presididas por el juez, tal como lo establece el artículo 10 del CPCyM, el cual reza: *“El Juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de Audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable; excepto cuando la diligencia probatoria deba de realizarse fuera de la circunscripción territorial del tribunal, en cuyo caso el juez deberá encomendarlo mediante comisión procesal, debiendo el juez delegado presidir la práctica de la misma.”* Es por ello que la Audiencia extraordinaria que se llevará a cabo para la realización del anticipo de prueba debe de ser presidida por el Juez, para que dicha prueba tenga valor probatoria al momento de introducirla por medio de la lectura en la Audiencia Probatoria.

4.7 FORMA DE PROCEDER EN EL ANTICIPO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.

La legislación procesal civil vigente establece en los artículos 326 al 329 del CPCyM, los lineamientos que deben seguir tanto el juez como el solicitante, en caso de solicitar un anticipo de prueba.

El anticipo de prueba se debe solicitar ante juez competente el cual conoce o conocerá del proceso, dicha solicitud deberá contener:

- Justificación de la necesidad de dicho anticipo, tal y como lo exige el artículo 328 inciso 1° del CPCyM, el solicitante deberá demostrar e ilustrar al juez, el peligro que corre el medio de prueba que pretende anticiparse, si aún no se ha iniciado proceso, además de lo antedicho se debe expresar su utilidad y pertinencia al futuro proceso.
- Relación de las causas por las cuales se tema la pérdida del medio de prueba, es decir, expresar en la solicitud cual es concretamente la situación de las personas o estado de las cosas que hacen temer la pérdida del medio probatorio.
- Si aún no se ha iniciado el proceso se debe identificar al futuro demandante, lugar donde puede ser citado, en virtud del principio de contradicción y del derecho de defensa.

Presentada la solicitud, el Juez debe de darle el trámite correspondiente, deberá admitir o no la solicitud, en caso de admitirla, ordenará la instalación de la Audiencia Extraordinaria¹¹² y citar a la persona a quien se pretenda demandar y al solicitante, el artículo 329 del CPCyM en el inciso primero regula que se debe de citar al futuro demandante con “suficiente antelación”; ¿Qué debemos de entender por “suficiente antelación”? es decir, que el Juez debe valorar la urgencia de lo solicitado, por lo que deberá recurrir a su sentido común y es por ello que el legislador no estableció plazo para la citación.

La Audiencia Extraordinaria, instalada para la práctica del anticipo de prueba, debe quedar documentada ante el Juez que realiza la diligencia, dicha documentación consiste en que el juez deberá dejar constancia de todo lo ocurrido en dicha audiencia; tal como lo establece en el artículo 203 del CPCyM y si el Tribunal tuviere el soporte técnico lo puede grabar de

¹¹² Se denomina extraordinaria por que su único fin es la realización de las diligencias probatorias de anticipo.

acuerdo al artículo 206 del CPCyM. La importancia de la documentación en este caso, es que si aún no se ha iniciado el proceso esa documentación servirá para incorporarlo al proceso en el cual se pretenda hacer valer.

En el inciso segundo del artículo 328 expresa que si aún no se ha iniciado el proceso y se realiza anticipo de prueba, deberá iniciarse dentro del mes posterior a la práctica de la prueba. Es de hacer notar que el legislador solo mencionó dentro del mes posterior; pero ¿cómo contamos ese mes?. Para ello debemos atender lo que reguló con respecto a los cómputos en especial el artículo 145 inciso tercero del CPCyM que establece: los plazos fijados en meses o años se cuentan de fecha a fecha, aplicando lo que establece el precitado artículo tenemos que si la práctica de la prueba se llevó a cabo el día veinte de mayo el plazo para iniciar el proceso vence el veinte de junio.

4.7.1 EL 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. En este supuesto se destacan:

1º) 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 del CPCyM que literalmente citamos: *“el futuro demandante o demandado, o cualquiera de las partes, habrán de presentar ante el Juez*

competente para conocer del proceso 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.”

2º) Se dirige la petición ante el Juez competente¹¹³ 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.

3º) 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 M 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”.*

4º) El proceso al cual se hizo referencia en la solicitud debe iniciarse dentro de 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”.* 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

¹¹³ Debe de considerarse para este caso las reglas de competencia establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil.

dentro de ese plazo. Este ejemplo lo sustentamos con el Artículo 146 CPCyM 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.*

5º) 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 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”.*

4.7.2 SOLICITUD DEL ANTICIPO DE PRUEBA CON LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Y ANTES DE LA AUDIENCIA PROBATORIA.

Cualesquiera de las partes puede solicitar ante un juez la práctica anticipada de un acto de prueba, cuando exista el temor fundado, de que por causa de que alguna de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. En este otro supuesto destacamos los siguientes aspectos¹¹⁴:

1º) La prueba anticipada puede pedirla cualquiera de las partes,

¹¹⁴ Ob. Cit. Montero Aroca; Pág. 225-226

2º) El Tribunal competente es el mismo que ya está conociendo del proceso, y

3º) La prueba ha de anticiparse siempre antes de la celebración de la audiencia probatoria.

Una vez hecha la solicitud de la prueba anticipada ante el juez, deberá tenerse en consideración lo siguiente:

1º) La parte que solicita la prueba anticipada expondrá las razones en las que apoye su petición, es decir, que expondrá los motivos por los cuales es necesaria la práctica de la prueba anticipada, dicha petición deberá ser por escrito. Tal como regulan los *Artículos 328 y 329* inciso 2º del CPCyM.

2º) Si el Juez admite la petición deberá de notificarlo por resolución escrita, pero en nuestro código no se especifica tal condición, ya que el artículo 329 del CPCyM solamente regula la instalación de la Audiencia Extraordinaria para llevar a cabo la diligencia probatoria del anticipo.

3º) De la misma forma no se especifica qué se deberá realizar si el juez deniega la petición de la prueba anticipada, sobre todo respecto a los recursos. En principio la denegación debería de hacerse por auto, contra el cual correspondería apelación, aunque sería muy dudosa la utilidad de dicho recurso por la urgencia del caso.

4º) La documentación del acto de prueba quedara bajo la custodia del tribunal que la realizo hasta una vez llegado el momento de la producción de la prueba en la audiencia probatoria del proceso de que se trate, en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 329 inciso 4º CPCyM.

4.8 MEDIOS DE PRUEBA QUE PUEDEN ANTICIPARSE.

A partir de lo que se regula en el artículo 327 del CPCyM, se establece que se podrán anticipar todos los medios de prueba que el Código prevé, entendiendo que quedan excluidos los establecidos en la parte final del artículo 312, los cuales se les identifica como medios de prueba no enumerados del cual podemos citar el ejemplo de los “quedan” que no son documentos que podríamos decir sean privados o públicos y no traen aparejada fuerza ejecutiva pero por el uso que se le da en el comercio y tanto que no afectan el orden ni la moral de la población se puede catalogar como un medio de prueba no previsto en el CPCyM.

Todos los medios de prueba pueden anticiparse ya sea antes de iniciada la demanda o antes de la Audiencia Probatoria, pero como toda regla general existe excepciones, y en este caso en el artículo 327 inciso segundo el legislador estableció que tratándose de documentos el anticipo solo procederá habiéndose iniciado el proceso en el cual se pretenda hacer valer.

A continuación desarrollamos el procedimiento de cada medio de prueba y la forma en que estos pueden anticiparse.

4.8.1 ANTICIPO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL.

Para la realización de un procedimiento de anticipo de prueba instrumental es necesario tener en cuenta aparte de los requisitos básicos, lo regulado en el artículo 327 inciso segundo que establece que: *“Tratándose de instrumentos públicos o privados, el anticipo de prueba solo 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 la destrucción u ocultación de los mismos.” Es por ello necesario, que para la realización del anticipo de prueba en este caso, este en trámite un proceso.

De lo que se establece en el artículo precitado se puede destacar que los instrumentos que se pretenden anticipar no los tiene en poder la parte que los anuncio pues se teme la ocultación o destrucción de estos, por lo cual lo procedente seria promover las diligencias de exhibición de documentos, en lo atinente a las diligencias preliminares reguladas en el artículo 256 ordinal 3 del CPCyM que literalmente reza: *“La Exhibición, acceso para examen o aseguramiento de cosas sobre las que recaerá el procedimiento, que se encuentren en poder del futuro demandado o de terceros”*.

Ahora bien es necesario explicar cuál es el procedimiento probatorio de los Instrumentos, en donde se hará énfasis en la Exhibición de Documentos que es la figura que se anticipa en cuanto a la prueba instrumental, la cual no se debe de confundir en esta instancia como una diligencia preliminar, ya que en el artículo 327 inciso 2° del CPCyM establece que para que proceda el anticipo de prueba instrumental es necesario que ya se haya iniciado el proceso en el cual se pretendan hacer valer dichos instrumentos.

La Prueba documental tiene un procedimiento probatorio muy simple, que puede reducirse prácticamente a la presentación del documento por la parte interesada. Cuando la parte que desee utilizar el documento no dispone del mismo se pide la Exhibición del documento.

La presentación del documento debe de realizarse con la demanda y con la contestación de la demanda, tal como lo establecen los artículos 335 y

276 numeral 7 del CPCyM respectivamente, que al tenor literal dicen: “*Los instrumentos se presentaran con la demanda o con la contestación, conforme a las reglas establecidas en este código*”, Artículo 276 n°7: “*los documentos que acrediten el cumplimiento de los presupuestos procesales, los que fundamenten la pretensión y los informes periciales*”; esos son los momentos ordinarios de la presentación, y la consecuencia de no hacerlo es que no podrá ya presentarse en un momento posterior.

La exhibición de documentos, es esta figura como ya lo hemos anotado antes la que se anticipara, pues parte del supuesto que la persona interesada no posee el documento para acompañarlo a la demanda, por lo que solo se propone y se identifica a la persona quien posea el documento para solicitar su exhibición en el momento procesal oportuno, pero dada la situación de las cosas o las personas se teme que el documento no pueda ser exhibido, en consecuencia se puede solicitar el anticipo de prueba.

La exhibición consiste en que los documentos ingresen a los autos y pueda ser valorado por el juez como medio de prueba en la sentencia.

Los presupuestos por tanto para solicitar la exhibición los cuales se regulan en el artículo 336 del CPCyM:

- A. Que no se tenga el documento.
- B. Que sea pertinente y útil.
- C. Se pueda identificar la persona que lo posee.

La exhibición procede tanto para documentos públicos como privados, y al respecto de cualquier persona que pueda tenerlo con independencia de su condición.

4.8.2 ANTICIPO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Este medio de prueba es el que frecuentemente se solicita de manera anticipada, dado que el testimonio es el medio de prueba más utilizado en los procesos. La parte que solicita el anticipo de la prueba testimonial debe de demostrar la situación de las personas por las cuales se les puede imposibilitar la producción de dicha prueba en el momento procesal oportuno, de las que podríamos mencionar: edad avanzada de los testigos, dicha situación se puede establecer por medio del Documento Único de Identidad; cuando se trata de un padecimiento de una enfermedad grave, se puede demostrar por medio de certificado médico; si el testigo está próximo a ausentarse del territorio nacional, dicha situación que se puede comprobar con los pasajes aéreos o terrestres, dichas situaciones podrían impedir que el testigo rinda su testimonio si se llegara a esperar la Audiencia Probatoria¹¹⁵.

Si llegado el momento de la Audiencia Probatoria el testigo a quien se le tomo declaración de forma anticipada se encontrare disponible para verter su declaración deberá hacerlo, según lo regulado en artículo 329 inciso último del CPCyM.

Al momento de presentar la solicitud de anticipo de prueba testimonial, deberá identificarse al testigo de quien se pretenda obtener su conocimiento de los hechos que serán objeto de litigio, tal como lo establece el artículo 359 del CPCyM.

¹¹⁵Falcón, Enrique M. **Tratado de derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo II “Avatares de la demanda, oposición, Prueba”** Rubinzal Culzoni Editores, 2006, Pág. 868-869

El procedimiento para obtener la información por parte del testigo es a través del interrogatorio regulado en los artículos 354 al 374 del CPCy M que en resumen establecen:

El interrogatorio se llevará a cabo en la Audiencia extraordinaria, lo que supone que sea en la sede del tribunal, el día programado al efecto; cabe mencionar la posibilidad de que el interrogatorio se lleve a cabo fuera del Tribunal, excepción que se contempla en el artículo 373 del CPCyM, cuando por enfermedad el testigo no pueda movilizarse hasta el Tribunal, por lo que la parte que lo propuso y solicita, explicará el porqué de ello, en este caso se citaran a las partes al lugar donde se encuentra el testigo.

Abierto el interrogatorio y tras ser identificado el testigo, el juez tomará juramento o promesa de decir verdad al testigo según lo establecido en el artículo 364 del CPCyM, que reza: *“El Juez, previamente al acto de la declaración, tomara al testigo juramento a promesa de decir verdad”* además deberá advertirle de las penas en que incurriría al ser condenado por falso testimonio como lo regula el artículo 305 del Código Penal, también se le preguntará si se encuentra en alguna de las situaciones que la Ley prevé de las exenciones de declarar conforme a lo establecido en los artículos 370 y siguientes del CPCyM.

Después de la identificación del testigo se iniciara el interrogatorio por la parte que lo propone quien formulará las preguntas de manera clara y precisa, y que este deberá de responder de la manera en que se lo solicita ciñéndose siempre al contenido de la pregunta en cuestión, según lo establecido en el artículo 368 del CPCyM, el cual regula el Interrogatorio Directo.

La parte contraria tendrá derecho en todo caso a la realización del contrainterrogatorio, en este caso se permitirán las preguntas sugestivas

siempre y cuando el juez vigile en todo momento el riesgo que conllevan estas preguntas y que el testigo comprenda exactamente el significado de aquello que ha de responder.

El contrainterrogatorio por lo demás, seguirá la misma forma de realización que el interrogatorio inicial, y una vez completado este y de solicitarlo la parte proponente del testigo, seguirá una réplica o una segunda tanda de preguntas, propias que a su vez podrá dar paso, si así se pidiere por la otra parte, a un segundo contrainterrogatorio.

4.8.3 EL ANTICIPO DE LA PRUEBA PERICIAL.

En este tipo de medio probatorio se requiere por el conocimiento científico, artístico o alguna técnica especializada que una persona a la que se le denomina perito, pueda aportar al proceso. El Código Procesal Civil y Mercantil establece que las partes pueden proponer sus peritos en ciertas condiciones, para que eso suceda es necesario que exista un proceso en el cual se pueda hacer valer el peritaje o pueden proponer el nombramiento de un perito judicial, esta figura está contemplada en el artículo 380 del CPCyM que al tenor literal reza: *“Las partes podrán proponer el nombramiento de un perito judicial cuyo dictamen consideren necesario o adecuado para la mejor defensa de sus intereses. El tribunal encargara la pericia a un técnico en la materia”*, es esta figura la que podríamos anticipar en caso de no existir proceso ya que lo único que existe es el futuro demandante y demandado por lo que sería correcto que el juez nombre al perito para la práctica de dicha prueba.

En la solicitud de anticipo de prueba, aparte de los puntos anteriormente expuestos, se debe indicar la especialización que ha de tener el perito y proponer los puntos de pericia, tal como lo exige el artículo 382 del CPCyM.

El Juez deberá nombrar al perito para que realice el peritaje y se le comunicara el nombramiento, quien deberá aceptar el cargo, prestar juramento de cumplir bien y fielmente el cargo o excusarse, en este último caso el juez deberá nombrar otro dentro de los tres días siguientes a la recepción de la abstención.

El artículo 387 del CPCyM, establece que el perito en Audiencia Probatoria puede aclarar, ilustrar su dictamen si así lo solicita alguna de las partes; si este medio se ha llevado anticipadamente temiendo que el objeto de la pericia ya no existiera al momento de dicha audiencia; y el perito estuviere disponible se puede realizar la convocatoria para que el perito sea interrogado por las parte e incluso por el mismo juez, por ejemplo: se ha realizado un peritaje de manera anticipada, sobre un inmueble ubicado a la orilla de una quebrada, pero al momento de la Audiencia Probatoria el inmueble objeto de la pericia ya no existe pues por el invierno fue arrastrado por la fuerza del agua y el perito que realizo dicha diligencia puede comparecer si alguna de las partes lo solicita para la aclaración de ciertos pasajes de su informe.

4.8.4 ANTICIPO DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL.

Este medio de prueba recae sobre las cosas, lugares o personas que sean objeto del litigio y de las cuales el juez quiera obtener una percepción

inmediata de ellos. El juez examinará por sí algún sitio o cosa litigiosa, esto quiere decir que el juez se trasladará al lugar en el que se realizará el reconocimiento, pero tratándose de personas éstas llegarán a la sede del tribunal. Cuando las cosas o lugares se encuentren fuera de la circunscripción territorial del tribunal el juez podrá realizarlo personalmente o delegar dicho reconocimiento por comisión procesal todo acorde a lo establecido en el artículo 393 inciso último del CPCyM.

El reconocimiento judicial se puede solicitar a instancia de parte en la demanda como todos los medios de prueba tal como lo establece el artículo 276 N° 9 del CPCyM; sin embargo en el artículo 390 inciso segundo se faculta al juez para ordenar de manera oficiosa el reconocimiento judicial, cuando lo considere necesario para la sentencia, pero no de manera anticipada.

El juez debe valorar los parámetros de pertinencia, utilidad, licitud y la necesidad de dicha prueba o la posibilidad de alcanzar el mismo resultado con otros medios de prueba también propuestos.

El procedimiento para llevar a cabo un reconocimiento judicial de manera anticipada es bastante simple, se iniciará presentando una solicitud ante el juez de la causa exponiendo los motivos por los cuales se quiere realizar. Si dicha solicitud es admitida éste reconocimiento se realizará en la sede del tribunal, cuando se trate de personas o bienes muebles; si por algún motivo justificado el reconocimiento judicial no se pueda llevar a cabo por ser un lugar o un bien inmueble, el juez y las partes previamente citadas se deberán trasladar hasta el lugar donde se deba practicar dicho reconocimiento, posteriormente se levantará un acta del reconocimiento la cual contendrá según el artículo 395 del CPCyM:

1. Lugar y fecha de la diligencia.

2. Identificación del tribunal que llevó a cabo la diligencia.
3. Identificación de las personas que concurren a la diligencia y en la calidad en que lo hacen.
4. Constancia de los hechos que se hubieren verificado y
5. La firma de los concurrentes si pudieren o si supieran firmar.

4.8.5 ANTICIPO DE LA DECLARACIÓN DE PARTE.

La declaración de parte no es más que el dicho de quien es parte o pueda ser parte de un proceso.

Debemos de entender que la declaración de parte puede solicitarlo tanto la del demandante como la del demandado, tan solo el juez debe de verificar que esa personación ya se ha admitido y que la persona está interviniendo en las actuaciones con ese carácter, tal como lo establece el artículo 345 del CPCyM: “ *Para efectos de preparar su pretensión, su oposición a esta o su excepción, cada parte podrá solicitar al Juez o tribunal que se ordene recibir la declaración de la parte contraria o de quien potencialmente pudiera ser su contraparte en un proceso*”, esta última parte del articulado se refiere a la prueba anticipada que se solicita antes de entablar la demanda.

Se puede solicitar la anticipación de este medio de prueba bajo las circunstancias, de que quien tenga el derecho a entablar un proceso o que pretenda demandar; pueda salir de viaje, o que este gravemente enfermo, proceden las mismas situaciones de las personas en lo referente a la prueba testimonial.

La declaración se verterá en la Audiencia Extraordinaria por medio de la dinámica de preguntas y respuestas, tal como se realiza el interrogatorio de testigos, de que antes hemos tratado.

4.8.6 EL ANTICIPO DE LOS MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DEL SONIDO, VOZ O DE LA IMAGEN Y ALMACENAMIENTO DE INFORMACIÓN.

Debemos mencionar que este tipo de medios probatorios se consideran nuevos en nuestro sistema procesal civil, pues en la Legislación Procesal Civil anterior no estaban contemplados como tales, pero a medida que evoluciona la sociedad así también lo hace el derecho con la utilización de una serie de nuevas herramientas, facilitadas por el desarrollo tecnológico, como siempre lo ha sido desde los albores de la humanidad, que han obligado al derecho a enfrentarse con ellas para regular las condiciones y los efectos jurídicos de su uso, tanto en el desenvolvimiento extraprocesal de las relaciones jurídicas como en el juicio, es por ello que estos medios de prueba son integrados y reconocidos a partir del artículo 396 al 401 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En estos artículos se contemplan dos tipos caracterológicos de soportes o instrumentos técnicos con valor probatorio, como son:

- a) En primer término los describe como medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen: hablamos aquí del amplio espectro de grabaciones y registros audiovisuales, proyectos sobre sonidos e imágenes de las más variada índole y con interés en un proceso concreto, regulado en el artículo 396 del Código Procesal Civil y Mercantil.

- b) Y en un segundo lugar los soportes o medios de almacenamiento de datos o de información, magnéticos o informáticos, regulados en los artículos 397 y 398 del Código Procesal Civil y Mercantil, tanto los soportes o aparatos que contiene la información original desde las unidades “C” de una computadora a una simple cinta de cassette en la que se hubiera grabado una conversación, como aquellos que sirven para copiar y reproducir esa misma información como disquetes de cd o dvd, unidades externas de almacenamiento, etc.¹¹⁶

El ofrecimiento de este medio de prueba deberá haberse incorporado en la demanda o contestación de la demanda, según lo establecido por el artículo en el artículo 276 ordinal 9º o durante la Audiencia Preparatoria como lo establece el artículo 317, todos del Código Procesal Civil y Mercantil.

Dentro de los presupuestos básicos para solicitar un anticipo tenemos:

1. Que se tema la imposibilidad de la reproducción de este medio en la Audiencia probatoria.
2. Que se tema la destrucción, ocultación o alteración de dichos medios.
3. Que por las circunstancias del caso o por actos de terceros tiendan a alterar la información ahí contenida.
4. Que sean pertinentes, útiles, lícitos
5. Que no se vulneren los derechos fundamentales como el honor, intimidad, la propia imagen.

Se presentará una solicitud ante el juez de la causa exponiendo los motivos por los cuales se quiere realizar el anticipo de prueba de estos medios. El juez deberá realizar un examen preliminar de la solicitud teniendo en cuenta que la prueba deberá ser admisible con relación a lo que se quiere

¹¹⁶Código procesal Civil y Mercantil Comentado, El Salvador, Págs. 421-422

probar y que la espera para realizar el proceso pueda perjudicar esa prueba que es esencial para el derecho que se pretende demandar¹¹⁷.

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,¹¹⁸ 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; 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 que reza: *“Si para poner en práctica la grabación o duplicación se requiriese, además, de conocimiento especializado, el Juez podrá designar un perito para ese solo efecto. Se aplicara lo mismo en caso de información almacenada”*.

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.

¹¹⁷Falcón, Enrique M. **Tratado de derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo II “Avatares de la demanda, oposición, Prueba”** Rubinzal Culzoni Editores, 2006, Pág.862

¹¹⁸**Código procesal Civil y Mercantil Comentado**, El Salvador, Pág. 422

4.9 INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN AUDIENCIA PROBATORIA.

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.

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.

Pero el Legislador no fue específico, en relación a la incorporación de la prueba durante el juicio y debemos recordar que en principio y salvo que la ley haga una previsión especial, se aplican las reglas generales de la prueba¹¹⁹.

¹¹⁹Falcón, Enrique M. **Tratado de derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo II “Avatares de la demanda, oposición, Prueba”** Rubinzal Culzoni Editores, 2006, Pág.876

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1 CONCLUSIONES

1. 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 Audiencia Extraordinaria que se llevará a cabo para la producción del Anticipo de Prueba.
2. El anticipo de prueba es una herramienta eficiente, que puede ser utilizada en el proceso civil, ante situaciones imprevistas que puedan provocar la pérdida, ocultación o destrucción de cualquier medio probatorio de los contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil, bajo circunstancias que impidan su producción en el momento procesal oportuno, es decir, durante la audiencia probatoria.
3. Habiéndose establecido la historia de la prueba y en especial el anticipo de prueba, podemos observar que anteriormente en el Código de Procedimientos Civiles se aplicaba esta figura, regulada en el Artículo 162, sin embargo solo permitía que se anticipara la declaración de testigos y el pliego de posiciones. Es con la entrada en vigencia del nuevo Código procesal Civil y Mercantil que se le da mayor énfasis al anticipo de prueba que permite de igual forma anticipar todos los medios de prueba contemplados en dicho Código.
4. Hemos puesto en evidencia que en varios Códigos Procesales Civiles de Latinoamérica y Europa el Anticipo de Prueba, se regula con la variante que no procede para todos los medios de prueba.
5. Con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil en el año 2010 el proceso civil tuvo un cambio radical; al pasar del proceso

escrito a la implementación de la oralidad, lo que significó una importante relevancia a la regulación de la prueba, pues ésta se producirá en una sola audiencia denominada Audiencia Probatoria, en consecuencia el CPCyM reguló la manera en que si los medios de prueba pudieran no existir hasta dicha audiencia, se realice anticipadamente la práctica de éstas.

6. Si bien es cierto que el anticipo de prueba es aplicable a todos los medios de prueba regulados por el Código de manera especial, 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.
7. 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 previsto, 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.

5.2 RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que ante la aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil recién entrado en vigencia en el año 2010, los aplicadores de la ley, por medio de capacitaciones o seminarios reciban la correcta instrucción sobre los vacíos legales que se encuentran en dicho Código, en aras de obtener una correcta aplicación de los procedimientos y en especial el que corresponde a la prueba anticipada en materia civil.
2. Es necesario para proceder a la práctica del anticipo de prueba cumplir con los presupuestos básicos de irreproducibilidad, excepcionalidad e irrepitibilidad de los medios probatorios que deseen anticiparse.
3. Dentro del derecho comparado podremos observar que otras legislaciones tienen un desarrollo más concreto sobre el anticipo de prueba, lo ideal sería que tanto los aplicadores de la ley como los litigantes observaran no solo la legislación sino también la jurisprudencia de otros países, para poder aplicar la prueba anticipada de la forma más eficiente.
4. Con la aplicación de las reglas de la prueba anticipada en el proceso, el Juez deberá tomar en cuenta los principios que lo rigen y los derechos que les corresponden a cada una de las partes.
5. El Juzgador deberá de utilizar su buen juicio y experiencia en el caso de la citación de la parte contraria cuando no se ha iniciado el respectivo proceso en el que se pretenda hacer valer el Anticipo de Prueba, ya que el legislador no especifico plazo para realizar la respectiva cita.

6. Que el legislador deberá de esclarecer ciertos puntos y aspectos del procedimiento de Anticipo de Prueba como por ejemplo en los plazos ya que no especifica cuantos días tiene el juzgador para resolver sobre la admisibilidad del Anticipo de Prueba, sobre las citaciones a la parte contraria cuando no se ha iniciado el proceso.

BIBLIOGRAFIA:

LIBROS:

- ✓ Arazi, Roland. **La Prueba en el Proceso Civil**, ediciones la ROCCA, Buenos Aires, Argentina, 2001.

- ✓ Ascensión Villatoro y otros “**Consecuencias Jurídicas Producidas en el Proceso Penal, a falta de Ofrecimiento e Incorporación de la Prueba Testimonial Anticipada**. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Politécnica de El Salvador, Dic. 2004.

- ✓ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, Tomo III, Tomo VIII**. Editorial Heliasta. Vigésima Sexta Edición.

- ✓ Cabañas García, Juan Carlos y Otros. **Código Procesal Civil y Mercantil Comentado**. CNJ, El Salvador, 2010.

- ✓ CafferataNores, José I. **La Prueba en el Proceso Penal**, Edición Depalma, Buenos Aires Argentina, 1996.

- ✓ CafferataNores, José I. “**La Prueba en el Proceso Penal con especial referencia a la Ley 23-948**, tercera Edición Depalma, Buenos Aires 1998.

- ✓ Casado Pérez, José María. **La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño**, 1ª Edición, Editorial Lis, El Salvador, 2000.

- ✓ Castillo Larrañaga, José y otro. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**, 2º Edición, Editorial Porrúa México, 1950.
- ✓ Couture, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, Ediciones De palma, Tercera Edición, Buenos Aires, 1958.
- ✓ Díaz, Álvaro Paul. **La Prueba Anticipada en el Proceso Civil**. Lexis – Nexis. Chile, 2006.
- ✓ Echandia, Hernando Devis, **Compendio de Pruebas Judiciales**, Rubinzal Culzoni, Argentina.
- ✓ Eisner, Isodoro. **La Prueba en el Proceso Civil**, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- ✓ Falcón. Enrique M. **Procesos de conocimientos**, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, 2000.
- ✓ Falcón, Enrique M. **Tratado de derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo II “Avatares de la demanda, oposición, Prueba”** Rubinzal Culzoni Editores, 2006.
- ✓ Falcón, Enrique M. **Tratado de la Prueba Civil**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- ✓ Ferman, Roberto Carlos y Otros. **Eficacia del Principio De Oralidad En La Agilidad Del Proceso de familia**, Tesis, UES, 2005.

- ✓ Garcia, JesusEberto. **La prueba Testimonial en materia civil, Tesis, Universidad De El Salvador, 1976.**
- ✓ Jauchen, Eduardo M. **Tratado de la Prueba en Materia Penal.** Rubinzal Culzoni Editores, Argentina.
- ✓ Kielmanovich, Jorge L. **Teoría de la Prueba y Medios Probatorios.** Segunda edición actualizada, editorial rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, Argentina.
- ✓ Levene, Ricardo. **Manual de Derecho Procesal Penal.** Tercera Edición. Editorial Plus Ultra, Argentina, 1975.
- ✓ Lino EnriquePalacio: **Derecho Procesal Civil, Tomo IV Actos Procesales,** Ediciones Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- ✓ Llobregat, J. Garberi, y otros. **Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Tomo III.** Editorial Bosh. S.A, Barcelona, 2001.
- ✓ Montero Aroca, Juan. **La Prueba en el Proceso Civil.** Editorial Thomson Civitas, quinta Edición, 2007.
- ✓ Morello, Augusto M. **Prueba. Cuestiones modernas.** Director la Ley, 2007.
- ✓ Olaso Álvarez, Jorge. **La Prueba en Materia Civil,** EDITORAMA, San José, Costa Rica, 2006.

- ✓ Paillas, Enrique, **Estudios de Derecho Probatorio**, Editorial Jurídica de Santiago, Chile, 1997
- ✓ Pallares Eduardo, **Diccionario de Derecho Procesal Civil**; Editorial Porrúa , Decima Octava Edición, México D.F., 1988.
- ✓ Parra Quijano, Jairo. **Tratado de la Prueba Judicial, El Testimonio, Tomo I**, 2ª Edición, Ediciones Librería del Profesional, 1984,
- ✓ Pérez Ragone, Álvaro J y Ortiz Pradillo, Juan Carlos. **Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción**, con un estudio al proceso civil alemán contemporáneo, Konrad AdenaurStiftung, Uruguay, 2006.
- ✓ Vescovi, Enrique. **Teoría General del Proceso**, Editorial Temis, Colombia.
- ✓ Washington Abalos, Raúl. **Derecho Procesal Penal, Tomo II: Sujetos Procesales, Actos Procesales, Teoría de la Prueba, Medios de Prueba**. Ediciones Jurídicas CUYO, Argentina.
- ✓ XIX Jornada Iberoamericanas de Derecho Procesal, V Congreso Venezolano de Derecho Procesal, Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal, Caracas, 2002: Ponencia de Joan Picó I Junoy, "El Nuevo Derecho a la Prueba en el Proceso Civil Español"

LEGISLACION:

- ✓ Constitución de la República de El Salvador, 1983 Diario Oficial Número 234, Tomo 281, del 16 de Diciembre de 1983.
- ✓ Código de Procedimientos y de Formulas Judiciales de El Salvador 1857.
- ✓ Código de Procedimientos Civiles de El Salvador, 1881, Diario Oficial del 1 de Enero de 1882.
- ✓ Código Procesal Civil y Mercantil República de El Salvador 1° Edición año 2010, Diario Oficial Número 381, del 27 de Noviembre de 2008.
- ✓ Código Procesal Penal de El Salvador, 1998.
- ✓ Código Procesal Penal, 2010.
- ✓ Ley de Enjuiciamiento Civil Española, 2001.
- ✓ Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Argentina.
- ✓ Código Procesal Penal Italiano.
- ✓ Código Procesal Civil de La Republica de Costa Rica.
- ✓ Código Procesal Civil y Mercantil de La Republica de Argentina.
- ✓ Código de Procedimientos Civil de la Republica de Colombia.
- ✓ Código Procesal Civil de la Republica de Perú.
- ✓ La Ordenanza Procesal Civil de La República Federal de Alemania.
- ✓ Código de Procedimientos Civil de La República de Francia.

✓ Código Procesal Civil y mercantil de La República de Uruguay.