

# **CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL ÁMBITO CIVIL DESDE LA PRÁCTICA EN LA JUDICATURA**

Rosa Mariella Josabeth Rivera Acevedo

## **CONSIDERACIONES GENERALES**

No es fácil encontrar literatura extensa en cuanto a la definición de prueba anticipada, coincidiendo la mayoría de los autores consultados que la misma permite solicitar actuación antes del juicio por parte de los interesados, quienes por diversas circunstancias temen perder o perjudicar la obtención de una prueba que servirá posteriormente para otro proceso y bajo estas consideraciones es que es posible considerar un concepto de prueba anticipada como un medio de prueba que se practica con anticipación a un proceso concreto que se practicará con posterioridad con el objeto de asegurar las resultas del mismo, asegurando el medio de prueba que se presente.

Esta solicitud de prueba anticipada, en materia civil debe ser a instancia de parte, tiene que tener carácter previo a la presentación de una demanda y la tendencia debe ser el asegurar el medio de prueba cuando exista el riesgo de que la misma no pueda practicarse en el período ordinario dentro del proceso del que se trate. El diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española tiene como significado de prueba la acción y efecto de probar.

Es apropiado decir que la prueba anticipada no es un proceso sino más bien es un procedimiento que tiene por objeto la preparación de un juicio que será promovido posteriormente, sin embargo, ese proceso

futuro no resulta obligatorio para quien lo solicita. Por este proceso posterior que se pretende plantear es que la pretensión del procedimiento de prueba anticipada es preparar y pre construir los elementos de prueba que serán utilizados y que asegurarán el resultado del proceso.

---

**La prueba anticipada permite solicitar actuación antes del juicio por parte de los interesados, quienes por diversas circunstancias temen perder o perjudicar la obtención de una prueba que servirá posteriormente para otro proceso.**

---

Este procedimiento no es una *litis*, desde el punto de vista procesal, pues únicamente se trata de la comparecencia de las partes para la producción de medios de prueba y esto ha sido motivo de controversia incluso en el ámbito jurisdiccional, pues en ningún momento

hay enlace entre una parte y la otra y por tal razón no hay momento procesal para el contradictorio, siendo la función de la prueba anticipada únicamente obtener prueba para preparar un juicio posterior como ya se explicó. Se pretende la inmediación judicial para autorizar y llevar a cabo el procedimiento y obtener un resultado final, el cual será certificado y servirá como prueba en un juicio posterior.

El juzgador no debe emitir juicio valorativo sobre el fondo del asunto, ni tampoco consideraciones sobre el proceso posterior que estima se interpondrá a futuro, aun cuando claramente quien lo solicite manifieste su intención y por tal razón los medios para impugnar las decisiones de los juzgadores son limitados pues como ya se explicó se trata de un mero procedimiento para producir prueba.

El propósito de la prueba anticipada debe ser perfectamente claro y determinado en cuanto a lo

que se pretende probar y no debe ser utilizado este procedimiento para desnaturalizar el objeto de la misma, estas no deben ser tomadas como objeto de preparación de una defensa utilizándolas como modo de defenderse con el objeto de asustar, reprimir o amenazar a la persona a quien le asiste un derecho en su contra y a quien posiblemente le asista el derecho de demandar. En cuanto a esto último la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en la apelación de sentencia de amparo, expediente 3633-2008 el 20 de enero de 2009.

Para Manuel Ossorio, la prueba anticipada es “la que se obtiene o practica previamente a la traba de la *litis*, si bien aquel del cual se trata de obtener, recelando ya el planteamiento contencioso y el propósito del eventual adversario, puede oponer actitudes que no están muy lejos de un incidente previo. A este género corresponden las diligencias preliminares o preparatorias del juicio.” En otra perspectiva, cabe entender por prueba anticipada toda constancia de un acto jurídico para adecuado contenido y debida eficacia, aspecto en el cual lo son por excelencia los documentos singularmente los de índole pública por la fe que los acompaña (V. prueba preconstituida)” (página 788 Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales). Para Mabel Goldstein, la prueba anticipada es el modo excepcional de producir prueba, en tiempo previo, conforme a razones de urgencia y seguridad, ante la posibilidad de que ésta desaparezca, o se haga de muy difícil realización (Diccionario Jurídico, Consultor Magno, pág. 463)

Al tenor de lo que se ha considerado y de las definiciones de los autores citados, se puede concluir entonces, en cuanto a la finalidad de la prueba anticipada que esta debe tener su momento oportuno la idea es salvaguardar las fuentes de prueba de las que una parte dispone pero que es necesario que se practiquen con anticipación por alguna razón poderosa con el propósito de asegurar la prueba en un juicio posterior, el cual como ya se dijo puede ser que se plantee o no, pero si se inicia se está preparado.

Algunos estudiosos del derecho afirman que el objeto de la prueba anticipada son los hechos y los sujetos son las partes y en cuanto a esto les asiste la razón, pero también afirman que las partes deberán ser las mismas que serán las partes en el juicio posterior y en este aspecto resultan estar equivocados, toda vez que la ley no obliga a plantear ese juicio futuro y por lo tanto no es posible afirmar tal extremo.

## CONSIDERACIONES LEGALES:

El Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, norma la prueba anticipada en los artículos del 98 al 105. La prueba anticipada con el articulado señalado, se establece que se trata de un procedimiento o una diligencia que es previa al juicio, con la cual se puede obtener evidencia o bien la obtención de una aclaración de alguna condición que puede ser utilizado para preparar la demanda y en cuanto a los documentos obtener los datos y declaraciones necesarias que contienen y que, si llegaren a desaparecer o deteriorarse, quede expresamente plasmado el contenido de los mismos. Esto explica las razones por las cuales la ley establece tanto la declaración jurada como la exhibición de documentos, libros de contabilidad y de comercio, la exhibición de bienes inmuebles y semovientes, la declaración de testigos y el reconocimiento judicial.

El artículo 98 del Código Procesal Civil y Mercantil claramente establece que, para preparar el juicio, pueden las partes pedirse recíprocamente declaración jurada sobre hechos personales conducentes y lo mismo que reconocimiento de documentos privados. Dice el artículo que a esta diligencia le serán aplicables las normas relativas a la declaración de las partes y al reconocimiento de documentos y el articulante deberá indicar en términos generales en su solicitud el asunto sobre el cual versará la confesión y expresa que se debe acompañar el interrogatorio en plica, pero nada dice el citado artículo 98 citado que el articulante deberá manifestarse en cuanto al proceso futuro que planteará.

Las posiciones deberán ventilarse como lo establece el artículo 133 del Código Procesal Civil y Mercantil y las mismas deben versar sobre hechos personales o conocimiento de un hecho que el absolvente tenga y deben ser expresadas con claridad y precisión y en sentido afirmativo. Dos hechos pueden ser comprendidos en la misma pregunta cuando ambos estén íntimamente relacionados. Ahora bien, el artículo citado establece que las preguntas deben referirse a hechos controvertidos en el proceso, situación que no debe aplicarse en las pruebas anticipadas toda vez que, en las mismas, aún no hay proceso que esté ventilándose, por lo que deben versar sobre hechos de conocimiento o personales como lo establece el primer párrafo del citado artículo.

Como se puede observar, la sección segunda de pruebas anticipadas del Código Procesal civil y Mercantil no contiene una definición de lo que es

la prueba anticipada, sino únicamente se refiere en primer lugar a las posiciones y el procedimiento para llevarlas a cabo, denotándose que el juez no tiene mayor incidencia más que para calificar la procedencia de las preguntas y recibir declaración.

El artículo 99 se refiere a la exhibición de documentos señalando que cuando se pida la exhibición de documentos deberá indicarse en términos generales el contenido de documento y probar que este se encuentra en poder del requerido. En cuanto al primer párrafo citado, es importante que al interpretarse el hecho que el solicitante pruebe que el documento se encuentre en poder del requerido es indispensable y sin esta prueba no podrá realizarse esta diligencia.

El artículo 100 se refiere a la exhibición de libros de contabilidad y de comercio. En esta diligencia, la injerencia del juez se limita a poder disponer que el examen de los libros se practique en el tribunal o en el domicilio y oficina del dueño de los mismos, por contador o auditor público que rendirá su dictamen al tribunal. Puede también el juez disponer la exhibición o examen de libros de contabilidad y de comercio para mejor proveer, es decir si estima el juzgador que los datos que arrojen ciertos libros de contabilidad y de comercio pueden servir para crear la prueba puede dictar auto para mejor proveer.

La exhibición de bienes inmuebles y semovientes también puede realizarse a través de prueba anticipada y para ello se debe decretar la misma, es decir el juez debe proceder a decretar la práctica de la diligencia para lo cual debe fijar un término que si no se cumple por parte del obligado, el juez deberá ordenar el secuestro de los mismos, nombrando depositario y si el secuestro no puede hacerse efectivo por ocultación o destrucción el juez fijará provisionalmente los daños y perjuicios y puede el solicitante pedir que se traben embargo preventivo sobre otros bienes. En esta exhibición de bienes muebles o semovientes también es limitada la participación del juez ya que únicamente debe fijar un término para que se exhiban los bienes o semovientes y en caso no se exhiban deberá decretar el secuestro o trabar embargo.

El trámite para exhibición de documentos, bienes muebles o semovientes, será por el procedimiento de los incidentes según lo regulado en los artículos del 18 al 140 de la Ley del Organismo Judicial. El reconocimiento judicial y la prueba pericial también pueden pedirse cuando la cosa amenace ruina o evidente deterioro o cuando su conservación en el estado en que se encuentra resulte gravosa.

En estos casos, tanto el que ha de demandar como el que crea verosímilmente que ha de ser demandado, podrá pedir antes de la demanda que se verifique un reconocimiento judicial de las cosas que habrán de ser motivo de prueba anticipada. Como se puede observar en estos casos la ley si establece que tanto el que ha de demandar como el que cree que será demandado podrá pedir este tipo de prueba anticipada y tiene su lógica toda vez que existe peligro que la cosa punto de interés desaparezca o que el hecho que permanezca en el estado en que está sea gravoso y en estos casos el peligro es tanto para el que pretenda demandar en el futuro como para el que crea que será demandado.

El criterio del juez en estos casos, procede aplicarlo cuando este considere que es apropiado complementar el reconocimiento con prueba pericial y de ser así se debe proceder conforme el artículo 173 del Código Procesal Civil y Mercantil. Esta prueba anticipada en particular, contiene el precepto de que la diligencia debe notificarse a quien aparezca o figure como parte contraria, y si no fuere habida, fuere indeterminada o no existiere, se debe notificar al Ministerio Público. Esto no significa que el solicitante tenga obligación de revelar quien será la parte o las partes contrarias, lo lógico es que, si se pide este tipo de prueba a una cierta persona o entidad, esta será la parte contraria en el futuro, pero dentro del diligenciamiento de prueba anticipada no existe parte contraria como tal.

La declaración de testigos, puede ser solicitada por la parte interesada, principalmente sucede cuando el testigo es una persona de muy avanzada edad, personas que estén gravemente enfermas o personas que estén próximos a ausentarse del país. Estas disposiciones son lógicas, sin embargo, caben algunas dudas sobre algunos términos como por ejemplo personas de muy avanzada edad, pues no indica a partir de qué edad se considera una persona que es de muy avanzada edad o una persona gravemente enferma, lo cual obviamente deberá de comprobarse, así como el hecho de la proximidad de ausentarse del país, es decir, para que la solicitud pueda ser acogida, deben comprobarse los extremos que el artículo 104 señala.

El artículo 105 le otorga facultades al juez de admitir otras pruebas anticipadas además de las mencionadas en la sección del Código Procesal Civil y Mercantil, si las estima oportunas y conducentes. Queda a criterio del juez en estos casos, admitir una prueba anticipada no regulada, pero que obviamente tiene que ser propia y pertinente para que sea practicada.

El diligenciamiento de la prueba anticipada tiene sus normas especiales en cuanto a lo que es apelable en esa materia, estipulando que únicamente son apelables las resoluciones que niegan las medidas solicitadas, no pudiendo apelar cualquier otra resolución que se emita dentro del procedimiento y por lo tanto para impugnar otra resolución que no sea la que niega la medida solicitada deberá interponerse otro recurso que resulte pertinente.

### CONSIDERACIONES PROCESALES:

La solicitud del diligenciamiento de prueba anticipada, aun cuando nada dice la legislación sobre la formalidad del planteamiento de la prueba anticipada, el artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, si establece claramente los requisitos que debe cumplir que la primera solicitud que se presente a los tribunales de justicia, por lo que al tenor del artículo citado, la solicitud de prueba anticipada debe cumplir con los requisitos enumerados, además de lo establecido en los artículos 106 y 107 del citado código, sin embargo, en cuanto a estos dos últimos artículos, su aplicación será en lo que cabe toda vez que no se hace necesario, según lo estipulan las disposiciones especiales de las pruebas anticipadas, por su carácter especial y por no tratarse de un proceso como tal, que se cumpla a cabalidad con tales requerimientos.

El juez competente para conocer será el del domicilio del demandado, en este caso el domicilio de la persona de quien se solicita la prueba anticipada, esto al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Código Procesal Civil y Mercantil, considerándose así toda vez que se considera que tal acción es de carácter personal y siendo que la prueba anticipada doctrinariamente se considera una diligencia y no una demanda judicial o juicio como ya se explicó con anterioridad y por eso mismo no están sometidas al principio de preclusión ni a una situación formalista como si lo serían la pruebas que se ofrecen y se proponen dentro de un juicio en el período probatorio pues su objeto es agenciarse de una prueba para prevenir eventualidades futuras que de ocurrir harían difícil o imposible proporcionar el medio probatorio. Puede ser competente también el juez que conocerá del juicio posterior si es que se llega a establecer el proceso que se planteará.

Aun cuando la finalidad de la prueba anticipada es precisamente ese carácter de anticipación, se estima que el diligenciamiento de la misma también debe poder utilizarse cuando se tiene el derecho de acudir ante un órgano jurisdiccional a plantear

una pretensión determinada, pero el derecho no es claro, preciso o determinado y este puede llegar a establecerse a través del diligenciamiento de prueba anticipada, es decir para establecer una relación jurídica.

Los errores más comunes que se cometen en el memorial de solicitud de prueba anticipada estriban frecuentemente en la exposición tan extensa de los hechos a tal punto que la argumentación tan extensa que se da para justificar lo solicitado, puede resultar en ambigua, imprecisa y hasta contradictoria, por lo que, en cumplimiento a la normativa relacionada a la prueba anticipada, esta solicitud debería limitarse a fundamentar la necesidad de practicar la misma. La argumentación debe ser perfectamente fundamentada y no por ello debe ser extensa. Esta recomendación se hace porque al extenderse en los argumentos para solicitar la práctica de la

---

**La solicitud del diligenciamiento de prueba anticipada, establece claramente los requisitos que debe cumplir que la primera solicitud que se presente a los tribunales de justicia.**

---

diligencia, los juzgadores muchas veces se hacen la idea del juicio que se planteará con posterioridad y terminan resolviendo sobre tal extremo y en ocasiones denegando las medidas solicitadas por considerar que el juicio posterior no es materia de un proceso civil o porque consideran que se debe plantear tal o cual proceso sin que sea necesario acudir a las diligencias de prueba anticipada.

Es importante aclarar que a los jueces no les es dado calificar y disponer sobre si procede o no procede autorizar la prueba anticipada, el juez debe practicar las diligencias una vez la solicitud cumpla con los requisitos establecidos en los artículos señalados con anterioridad y una vez sea comprobado por los medios de prueba pertinentes la necesidad de practicar la diligencia, sea cual sea. Los jueces están limitados a lo que les permite la normativa de las pruebas anticipadas y no pueden excederse o pronunciarse sobre asuntos que en ese caso no son de su competencia.

Según estadísticas consultadas, las pruebas anticipadas más solicitadas son la declaración de parte y la exhibición de documentos, debido a que en los casos en que el acreedor se encuentre desprovisto de prueba documental que respalde la existencia de una obligación a su favor, ya que en este caso se le puede hacer confesar la existencia de la obligación y esto se hace constar en el acta en la que el juzgador hace constar la confesión prestada, la cual de conformidad con el numeral segundo del artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil, constituye título ejecutivo. De igual forma el reconocimiento de un documento que se exhiba, es susceptible de constituirse en título ejecutivo, por la aceptación del absolvente del contenido del mismo. Por esa razón se hace importante recalcar su tramitación y procedimiento.

El juez debe emitir una resolución admitiendo para su trámite lo solicitado y señalando día y hora para la práctica de la diligencia, en todos los casos en los que proceda. La prueba anticipada de declaración de parte, debe practicarse el día y la hora señalados. Si el absolvente no comparece el juez verifica las cédulas de notificación para determinar que se le haya notificado en el lugar correcto y con la antelación debida, artículo 131 del Código Procesal Civil y Mercantil, debe asegurarse si se presentó excusa médica como lo señala la ley, así fue deberá reprogramar y señalar otro día y hora para la audiencia. La parte requirente deberá solicitar al juez que califique la plica y una vez calificadas dicta el auto en el que declare confeso al absolvente y con ese auto se da por finalizada la diligencia. La resolución de declaratoria de confeso no es apelable.

Si el absolvente comparece a la audiencia, el juez verifica la presencia de las personas que están presentes. Quien solicitó la diligencia no está obligado a presentarse a menos que el absolvente haya solicitado su presencia para dirigirle preguntas y si no comparece el articulante la diligencia no se llevará a cabo. Es recomendable que el articulante se haga presente porque con 24 horas de antelación el absolvente puede pedir al juez que esté presente el articulante por lo que es mejor que si se presente.

El juez da inicio a la audiencia y levanta el acta respectiva haciendo constar las personas que están presentes. Luego protesta al absolvente bajo la fórmula que la ley establece, luego procede a pedir la plica que está en reserva en Secretaría y muestra la misma a las partes para que verifiquen que no ha sido abierta y saca el pliego de posiciones y califica las preguntas. El absolvente debe responder con un

sí o un no y el juez puede aclarar la pregunta en caso que no se comprenda y puede pedir que le repita la pregunta en caso no la comprendió. Se pueden dar las preguntas adicionales como lo señala el artículo 136 del Código Procesal Civil y Mercantil, se redactan en la audiencia con las mismas formalidades. Si se solicitó que estuviera el articulante, el juez deberá proceder en la misma forma que procedió con el absolvente. Es permitido protestar las preguntas.

En la exhibición de documentos se debe cumplir con indicar el contenido del documento, probar que el documento se encuentra en poder del requerido y si los documentos no son exhibidos se tendrá por probado lo que se suministre en la petición, lo cual deberá solicitarlo el peticionario. Se puede pedir también la exhibición de libros de contabilidad y de Comercio, esta exhibición puede que realizarse conforme las estipulaciones del artículo 368 del Código de Comercio de Guatemala. El juez debe indicar el lugar en donde serán examinados los libros de contabilidad que puede ser el tribunal u oficina del dueño de los mismos y el experto deberá rendir el informe correspondiente. Esta prueba anticipada puede ser utilizada para crear un título ejecutivo para poder cobrar una obligación.

En relación a los medios de impugnación en cuanto a la prueba anticipada, es necesario analizar las distintas situaciones y posibilidades. El artículo 105 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que las resoluciones del juez en cuanto a esta materia serán apelables solo en cuanto niegan las medidas solicitadas, sin embargo, siendo que todos los procesos son distintos aun cuando parezcan parecidos, se pueden suscitar distintas situaciones.

Es sabido que de conformidad con el artículo 146 de la Ley del Organismo Judicial, los decretos que emitan los jueces son objeto de revocatoria y contra esta, una vez resuelta no cabe recurso alguno, razón por la cual la mayoría de los litigantes plantean amparo después de declarada sin lugar una revocatoria. En el caso especial de las pruebas anticipadas, únicamente son apelables los decretos o autos que denieguen las medidas, no importando si la resolución emitida para negar la medida es un auto o si se trata de un decreto, en cualquier caso, esa denegatoria es apelable. Sin embargo, gran parte de los litigantes plantean revocatoria para las resoluciones que niegan las medidas.

Atendiendo a las disposiciones especiales de las normas a que se refiere el artículo 13 de la Ley del organismo Judicial, estas prevalecen sobre las

disposiciones generales de la misma ley o de otras leyes y por lo tanto, el único recurso de apelación que cabe en esta clase de diligencias es en cuanto se niegan las medidas.

Una vez planteada la apelación en contra de la resolución que niega las medidas solicitadas, el juez que conoció de las diligencias, debe elevar los autos al tribunal superior, quien deberá dar el trámite respectivo y finalmente emitir la resolución que corresponde. La mayoría de los casos en que el juez niega las medidas se fundamenta en razones que no tienen ningún asidero legal pues en gran parte de los casos, los juzgadores hasta califican el tipo de proceso que se presentará posteriormente y emiten opinión como si estuvieran dictando una sentencia definitiva, cuando tal hecho no les es permitido por la ley ya que se deben limitar a verificar que se cumpla con lo que la ley requiere para poder dar trámite a las medidas.

En relación a las otras resoluciones que se emiten a lo largo de las diligencias de prueba anticipada, que no sea una resolución que niega las medidas, estas son susceptibles de ser impugnadas por lo que se considera pertinente aclarar que los medios para impugnarlas van a depender de la resolución que se trate y son los medios de impugnación que señala la ley para los distintos procesos.

Malas prácticas del litigio, han dado por hacer que la parte obligada en una diligencia de prueba anticipada tomen actitudes como el solicitar la enmienda del procedimiento, por considerar la incompetencia del juzgador, la cual de así decretarse ya no se estaría frente a una resolución que niegue las medidas sino una resolución de enmienda del procedimiento, la cual, según criterio de algunos no sería apelable. Sin embargo, se considera que, de conformidad con la ley, una resolución de enmienda del procedimiento es apelable.

Otra situación con parecidos efectos es la solicitud de declinatoria por parte del interesado, esta se encuentra normada en el artículo 116 de la Ley del Organismo Judicial el que establece que toda acción judicial deberá entablarse ante el juez que tenga competencia para conocer de ella; y siempre que de la exposición de los hechos, el juez aprecie que no la tiene, debe abstenerse de conocer y sin más trámite mandara que el interesado ocurra ante quien corresponda, en cuyo caso, a solicitud del interesado se remitirán las actuaciones al tribunal o dependencia competente. Este es otro caso de mala práctica del litigio, toda vez que, en la mayoría de los casos, el interesado plantea ante el juez que conoce

del asunto la declinatoria con argumentaciones que tienden a confundirlo de tal forma que de aceptar la misma, la resolución que emita no será apelable en cuanto que no se trata de una resolución que niega las medidas, sin embargo, esto no implica que, al no proceder la apelación, se puede defender el punto de la competencia por otros medios legales.

## PRONUNCIAMIENTOS

En cuanto a esta situación, es indispensable pronunciarse en relación al amparo expediente 200-2013 de fecha 25 de junio de 2013, que fue conocido por la Cámara de Amparo y Antejuicio. Los antecedentes del amparo en cuanto al acto reclamado era la resolución de fecha veintitrés de noviembre de dos mil doce, emitido por una Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil, que enmendó el procedimiento dejando sin ningún valor ni efecto legal la resolución de cinco de octubre de dos mil doce y lo actuado posteriormente y en consecuencia se declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el auto que declaró sin lugar el incidente de declinatoria planteado dentro de las diligencias de prueba anticipada promovidas por la parte interesada.

Los hechos que motivan el amparo son que cierta entidad promovió diligencias de prueba anticipada consistentes en declaración jurada que debía prestar el representante legal en forma personal y no por medio de apoderado. Estas diligencias fueron admitidas para su trámite. La parte que debía prestar declaración planteó declinatoria en la vía de los incidentes indicando incompetencia por parte del juzgado y que por lo tanto debía inhibirse de seguir conociendo ya que por tratarse de una acción personal no era el juzgado de primera instancia el competente ante el cual se planteó pues se debía atender al domicilio del que debía declarar, que en este caso era Panamá. El juzgado de primer grado declaró sin lugar tal solicitud de declinatoria planteada. Inconforme con lo resuelto el interesado apeló la misma y esta fue elevada a conocimiento de una sala del ramo civil.

La Sala enmendó el procedimiento dejando sin ningún valor ni efecto legal la resolución que otorgó audiencia de tres días al apelante a efecto que hiciera uso del recurso y todo lo actuado con posterioridad y en consecuencia declaró improcedente el recurso de apelación promovido y sin entrar a conocer mandó a devolver las actuaciones. El amparista argumentó que la Sala hizo una interpretación errónea y equivocada bajo el supuesto que el artículo 105 del Código

Procesal Civil y Mercantil en su parte conducente establece que solo son apelables en materia de prueba anticipada las resoluciones que nieguen las medidas.

La Cámara al realizar el análisis, estimó necesario indicar que el artículo 105 citado limita la procedencia del recurso de apelación, pero consideró que la Sala cometió error sustancial al dar la audiencia de los tres días al apelante puesto que la resolución citada no era apelable y que por lo tanto debía proceder a enmendar el procedimiento y de esa cuenta no otorgó el amparo solicitado. Con esta resolución no se perjudica al interponente de la solicitud de diligencias de prueba anticipada, puesto que, si el juez no es el competente para conocer, estas deberán plantearse en el juzgado que si tenga competencia y ahí deberán ser practicadas, sin embargo, lo perjudicial si sería que durante el tiempo en el que se declina del proceso y se ventilan los medios de impugnación en contra de lo resuelto, la prueba se perdiera o no pudiera rescatarse.

Se considera indispensable entonces que el juez que conoce del caso esté bien claro en cuanto a su competencia para conocer en las diligencias de prueba anticipada que se soliciten en su judicatura, pero no debe dejarse influenciar por los argumentos que presente el obligado, puesto que obviamente tratará por todos los medios de convencer al juez que no es competente.

En las diligencias en las cuales la declinatoria es declarada sin lugar, esto no perjudica al solicitante toda vez que no está negando las medidas solicitadas, pero el que pidió la declinatoria no puede apelar la resolución si no está de acuerdo con lo resuelto, toda vez que en este tipo de diligencias no es apelable más que el auto que niega las medidas solicitadas.

Finalmente, es importante señalar que los principios que rigen estas diligencias de prueba anticipada deben ser respetados y puestos en práctica, aun cuando no puede hacerse una enumeración taxativa pues no se trata de un proceso como tal, sin embargo, tanto el principio de impulso procesal de oficio, como el principio de igualdad, el dispositivo, el de adquisición procesal, el de intermediación sobre todo, pues se trata de una mera intermediación por parte del juzgador, deben ser considerados y ejercitados tanto por quien solicita la diligencia como por quien resulta obligado y por supuesto por el juez que conozca del asunto, pues solo de esa manera puede garantizarse el debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva.

### **Sobre la autora**

ROSA MARIELLA JOSABETH RIVERA ACEVEDO

Magistrada de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil.