

TEORIA GENERAL DEL PROCESO NATURALEZA PROCESAL DE LAS PRUEBAS ANTICIPADAS PERU.

Oscar A. Zorzoli

Profesor Adjunta del Centro de Práctica Profesional de la Universidad de Bs. As. Argentina.

Sumario: I. Visión General. II. Garantías Fundamentales. Conceptos previos. Intervención de la Contraparte. III. Circunstancias válidas. IV. Naturaleza procesal de las pruebas anticipadas. Las de naturaleza probatoria. Prueba anticipada de aseguramiento cautelar. V. Conclusiones.

I. VISION GENERAL.

Es evidente que las demoras en la actividad jurisdiccional provocan una alteración de la situación de hecho planteada oportunamente, y su efecto inmediato, es tornar ineficaz aquella resolución definitiva que se dicte, tanto por convertirse la sentencia en ilusoria como el no lograr efectivizar una prueba que es esencial al reclamo articulado.

Ante estas situaciones, es que se ubica el instituto cautelar, cuyo fin esencial es lograr en forma anticipada un aseguramiento de la situación de hecho y lograr así la eficacia necesaria para que el procedimiento tenga el resultado buscado o resguardar el cumplimiento efectivo de una futura sentencia.

Pero, consideramos que dicho aseguramiento debe garantizar la igualdad de las partes dentro del marco que diseña la Constitución de la República del Perú, siendo el juez, quien solamente debe velar por el cumplimiento del contradictorio en las referidas anticipaciones asegurativas.

Ese tipo de medidas asegurativas, se encuentran en la mayoría de los códigos procesales en capítulo aparte del de prueba, algunos de ellos vuelcan al instituto dentro de las medidas cautelares y muy pocos consideran a la prueba anticipada como un instituto que sí debe estar ubicado en el capítulo de prueba.

Lo cierto es que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia considera a la prueba anticipada como una anticipación probatoria y una minoría estima que dicho instituto se debe interpretar como una cautelar, pero ninguno desconoce que su fin es el aseguramiento.

En el marco del Código Procesal del Perú, el codificador ubico a la prueba anticipada en la Sección III, Título VIII – Medios Probatorios-, Capítulo IX. Es decir que su ubicación es la que corresponde a éste instituto.

II- GARANTIAS FUNDAMENTALES.

II-a. Conceptos Previos.

El vocablo "Garantía" en su primera acepción significa "efecto de afianzar lo estipulado", y en cuanto a "garantías constitucionales" se dice de los "derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos"¹.

Entonces podemos decir que la palabra garantía tiene una estrecha relación con la declaración de derechos y principios fundamentales que otorga la Carta Fundamental.

La doctrina ha diferenciado entre los "derechos fundamentales" y las "garantías constitucionales". Considera que estas últimas componen los medios procesales para la protección de aquellos derechos fundamentales².

Couture³ da ciertas premisas respecto de las garantías constitucionales, dando como presupuesto esencial de la Constitución la existencia de un proceso que es garantía fundamental de la persona y que la ley dentro de su marco jerárquico tiene que instituir ese proceso respetando esos valores ya impuestos por la Carta Fundamental.

Por su parte Vescovi-Vaz Ferreira⁴ consideran que el proceso mismo es la primera y fundamental garantía de los individuos, en lo que hace a la protección de sus derechos y por ello el proceso aparece como "la garantía de las garantías", en cuanto solo por él se adquieren efectividad algunas de las declaraciones de principios o reconocimientos de derechos, que se establecen en las Constituciones y en las leyes.

En la organización del estado moderno, a través de su constitución, se busca un aseguramiento del ciudadano frente al propio estado. Así se define a las garantías constitucionales como "el conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas al hombre. Las garantías existen frente al estado, en cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos"⁵.

¹ Conforme "Diccionario de la Lengua Española". Real Academia Española. Vigésima primera edición. Madrid 1992.

² Conforme H. Fix Zamudio. "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina". Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, 1967, Pág. 393.

³ Conforme Eduardo J. Couture. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Edit. Depalma, 1987, Pág. 149.

⁴ Enrique Vescovi y Eduardo Vaz Ferreira. "Garantías fundamentales de los litigantes en el procedimiento civil". Rev. de Estudios Procesales, Edit. Centro de Estudios Procesales, Rosario, 1972, Nro. 13, Pág. 99.

⁵ Conforme German J. Bidart Campos. "Manual de la Constitución Reformada", Edit. Ediar, 2002. To. II, Pág. 287.

La doctrina⁶ divide a las garantías individuales en: 1- garantías generales o comunes; 2- garantías procesales o rituales y 3- garantías de trato humanitario o carcelarias.

En cuanto a las garantías generales o comunes, las mismas actúan en el ámbito en donde hay ejercicio de derechos, buscando el acceso a un tercero imparcial para la solución de su conflicto. Dentro de ésta garantía podemos encontrar el principio de tutela efectiva, significando "recurso o procedimiento adecuado".

Las garantías llamadas procesales o rituales tienen su actuación una vez iniciado el proceso judicial y forman como un "escudo" ante las posibles arbitrariedades, lo que da lugar al "debido proceso". Se incluyen dentro de éste grupo el derecho de ser llevado sin demora ante un juez, duración razonable del proceso, presunción de inocencia, el derecho de no ser arrestado sino es por orden de autoridad competente, la inviolabilidad de la defensa en juicio, etc.

Por último las llamadas garantías de trato humanitario o carcelarias, son aquellas que prohíben el sometimiento a tortura, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Entonces si hacemos una observación de las constituciones modernas, veremos que existen derechos fundamentales a saber:

En cuanto al derecho de defensa en juicio es una garantía "inherente al hombre"⁷, considerando las constituciones que es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos -Art. 18 de la Constitución Nacional: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos"- . Y, será la Ley Procesal la que reglamentará esa defensa en juicio la que deberá ser concurrente tanto con los demás habitantes como también tendrá que buscar la paz social a través del funcionamiento de una justicia que goce de aquellos valores que no pueden ser alterados, como ser la independencia y la imparcialidad.

Para Palacio⁸, el derecho de defensa en juicio es una garantía que supone el hecho de poder acudir al órgano judicial en procura de justicia, como también aportar en dicho órgano las alegaciones y pruebas sobre aquellos derechos solicitados.

⁶ Conforme Calogero Pizzolo. "Constitución Nacional. Comentada, concordada y anotada". Edit. Ediciones jurídicas Cuyo. 2002, Pág. 224.

⁷ Conforme Hugo Alsina. "Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial". Edit. Ediar. 2ª Edición. 1956. To. I, Pág. 253.

⁸ Conforme Lino Enrique Palacio. "Derecho Procesal Civil", Edit. Abeledo-Perrot. Año 1975, 2ª Edición, To.I, Pág. 144.

Cuando esa posibilidad de acudir a los órganos judiciales fracasa es cuando se está violando esa garantía de defensa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha diseñado en distintos fallos una suerte de conceptualización de la defensa en juicio diciendo que, la garantía de la defensa en juicio exige, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren asistirle y de esta forma asegurar a los litigantes una sentencia debidamente fundada.

La defensa en juicio es rotulada por algunos autores como “debido proceso” que viene del inglés “due process of law” significando que ningún habitante puede ser privado de un derecho sin el cumplimiento de un procedimiento que haya fijado la ley; ese procedimiento debe ser el “debido” y para considerarse tal el justiciable debe participar con utilidades en el proceso.

Bidart Campos⁹ dice que “el debido proceso nos deja la idea de un proceso regular y razonable, y de una tutela judicial eficaz”.

La conceptualización que da la CIDH (Corte interamericana de derechos humanos) respecto del debido proceso legal, “es el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”¹⁰.

En la “PRIMERA JORNADA INTERNACIONAL sobre PROCESO CIVIL Y GARANTÍA” el día 27 de enero de 2006, en Valencia, España, la “Moción de Valencia” dejó asentado que en el Siglo XXI la regulación del proceso civil debe mirar a la garantía de los derechos e intereses legítimos de los individuos y que el futuro está en la idea fuerza de la libertad de los individuos como función básica del Estado democrático y, consiguientemente, en el proceso como garantía.

Con respecto a la jurisdicción se dejó en claro que la misma consiste en la tutela de los derechos e intereses del individuo y la función del juez es la de ser el garante último de esos derechos. Atento ello los otros poderes del Estado deben respetar y garantizar la independencia del juez, como asimismo éste como tercero, o sea extraño a los hechos y al

⁹ Conforme German J. Bidart Campos. Ob. Cit. Pág. 327.

¹⁰ Conforme CIDH, caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C. Nro. 30, párrafo 74.

objeto deducido en el proceso, es incompatible con la posibilidad misma de que las normas le permitan asumir en el proceso funciones que son propias de las partes; y por último éste juez debe ser imparcial o sea que supone que el juez no puede tener interés ni con relación a las personas que son parte, ni respecto al objeto del proceso.

Recalca asimismo, la Moción de Valencia, que “El proceso civil, como en realidad todos los procesos, debe regularse desde la consideración de que es garantía para los individuos en la persecución de lo que estiman que es su derecho o interés legítimo y debe realizarse con estricta sujeción a esa ley reguladora. La norma procesal debe entenderse como norma de garantía y por ello su observancia por el juez y por las partes afecta a la esencia misma de la garantía de los derechos e intereses que prometen las constituciones. El Estado democrático debe garantizar a todas las personas que podrán iniciar y realizar un proceso en condiciones de igualdad.

Es pues, necesario dejar en claro, que frente a la realización de una prueba surge importante la intervención de la parte contraria para que se den los presupuestos del debido proceso y se respete el contradictorio.

Ya decía Segundo V. Linares Quintana, que la “inviolabilidad de la defensa” consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, confiere a “todo habitante de la Nación”, que ocurra “ante algún órgano jurisdiccional...en procura de justicia”, el derecho a tener “oportunidad de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescriptas por las leyes respectivas”¹¹.

Es pues que frente a las normas de rango constitucional, podemos afirmar que estas se han encargado en el estudio del derecho a la prueba que tienen las partes, a través de la garantía de la defensa en juicio o debido proceso legal de la persona y de los derechos inherentes a la misma.

Por su parte Juan A. Gonzalez Calderón decía que “la garantía” de la “inviolabilidad de la defensa en juicio” resulta “esencial a la libertad y seguridad individuales, pero ella no puede consistir en la facultad de ejercitar arbitrariamente el derecho primordial que protege, pues, si así ocurriera la seriedad y regularidad de los procedimientos judiciales,

¹¹ Conforme Segundo V. Linares Quintana. “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Argentino y comparado. To V. Ed. Alfa, Bs. As. 1956, Pág. 273.

necesarias para el debido funcionamiento de la justicia veríanse entorpecidas o imposibilitadas completamente”¹².

Acompañando a estos derechos constitucionales se encuentran los principios procesales los cuales marcan notoriamente la necesidad de citación de la contraria a los efectos de controlar la prueba que se pretende realizar.

Así tenemos el principio de contradicción por el cual otorga a la parte contra quien se opone una prueba pueda ejercer el control de la misma, conocerla y discutirla.

Dicho principio basa su fundamento en que la parte que propone una prueba debe poner en conocimiento de la misma a su contraria para que esta pueda intervenir en su desarrollo y en su caso contradecirla.

Es un aspecto general de la contradicción o audiencia bilateral en el proceso. Incluye la oportunidad procesal de contra-probar”¹³.

En referencia al mismo principio la idea fuerza nace, como se vio, del principio constitucional de la garantía de defensa en juicio el cual el codificador instalo el régimen de bilateralidad por el cual todos los actos que se efectuen dentro de un procedimiento deben de tener la participación de la parte contraria para el debido control y en su caso la contradicción.

Ya Couture hablaba de éste principio como una “consecuencia natural de la estructura bilateral del proceso” y por ello “permite a la justicia eliminar todo recelo y sospecha sobre las proposiciones de las partes”¹⁴.

Palacio¹⁵ considera que el principio de contradicción implica la prohibición de que los jueces dicten una resolución o realicen alguna diligencia procesal sin haber oído a quienes pudieran verse afectados por dichos actos.

Este enfoque previo nos permite considerar y así lo pensamos, en que no puede realizarse ninguna prueba, ya sea anticipada o no, sin respetar el contradictorio, el cual debe estar presente tanto con la propia presencia de la parte contraria o por el ministerio público.

El acto procesal de probar en forma anticipada deberá asimismo cumplir con el principio de bilateralidad, que nace de la garantía de igualdad, no pudiéndose postergar el

¹² Conforme Juan A. Gonzalez Calderon. “Derecho Constitucional Argentino, To. II, Ed. J. Lajouane y Cia, Bs. As. 1918, Pág. 142.

¹³ Conforme Hernando Devis Echandía. “Compendio de la Prueba Judicial” anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Edit. Rubinzal-Culzoni. To. 1, Pág. 36.

¹⁴ Eduardo J. Couture. “Proyecto de código de procedimientos (Exposición de motivos). Pág. 88.

¹⁵ Conforme Lino E. Palacio. Ob. Cit. Pág. 263.

contradictorio, ya que si así fuera estaríamos conculcando, también, la garantía del debido proceso.

Llegamos así a concluir que la intervención de la contraparte en la realización de una prueba anticipada es esencial a los fines de la garantía de defensa en juicio, descartando de plano la postergación del contradictorio.

II-b Intervención de la Contraparte.

Luego del desarrollo de los conceptos previos queda en claro que la posición respecto de la contraparte es la de su intervención en lo que hace al instituto de la prueba anticipada.

Hay que decir también que dicha posición es la adoptado por los códigos de procedimientos de las distintas provincias argentinas a saber:

El Código Procesal de Jujuy habla de aseguramiento de prueba y este se hará efectivo en la forma que se establece en cada prueba en especial. La prueba anticipada se practicará siempre con citación de la contraparte, así reza el art. 258 de dicho código, y en el caso de que medie "urgencia excepcional" se dará intervención al Defensor de Ausentes.

En el caso del Código Procesal para Salta en su art. 327 informa que se realizará siempre con citación de la contraria y solamente en caso de urgencia se dará intervención al defensor oficial.

Para el Código de Procedimientos de Córdoba también se debe citar a la contraria y en caso de imposibilidad tomará intervención el Asesor Letrado, de acuerdo a lo que estatuye el art. 487 de dicha norma legal.

En el Código Procesal Santafesino se autoriza a asegurar prueba sin necesidad de iniciar el juicio posterior. Tal posición esta sostenida por el art. 273, que autoriza, en caso de peligro de perderse algún derecho, realizar una información sumaria de testigos, una prueba pericial o comprobar el estado o calidad de lugares o cosas incluyendo la inspección ocular.

Resguarda, el código mencionado, la necesidad de la presencia de la otra parte o en su defecto del ministerio fiscal, todo con el fin de controlar la realización de la misma.

Vemos entonces que tienen una función esencial, que es la de prevención, ya que frente al resguardo de un derecho o a los fines de un futuro juicio, el valor probatorio que se obtiene anticipadamente o preventivamente establece su certeza antes de que se verifique en la etapa de confirmación ordinaria.

Tal verificación adquiere para el peticionante una ventaja, que es la de evitar durante el proceso de cognición el

sufrir un daño al no poder efectivizar la prueba que se pretende agregar.

En el ámbito internacional, la Ley de Enjuiciamiento Española nos habla de la anticipación probatoria y el aseguramiento de prueba –arts. 293 y 297 de la Ley-.

Específicamente dicha ley en su art. 295 impone el principio de contradicción, expresando textualmente “...el que la haya solicitado designará la persona o personas a las que se proponga demandar en su día y serán citadas, con al menos cinco días de antelación, para que puedan tener en la práctica de la actuación probatoria la intervención que esta Ley autorice según el medio de prueba de que se trate”.

En cuanto al aseguramiento de prueba, normado en el art. 297 de dicha ley, basa su fundamento esencial en asegurar los medios probatorios que puedan sufrir destrucción o alteración ya sea por las conductas humanas o por acontecimientos de orden natural, y que frente a ello sean de imposible practica al momento oportuno.

Pero, la Ley de enjuiciamiento española va más allá, poniendo al pretensor de las medidas de aseguramiento varios requisitos a saber:

En primer lugar que la prueba a asegurar “sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento”.

Requiere también dar razones suficientes respecto del temor de que de no adoptarse el aseguramiento sería posteriormente imposible su practica.

Otro requisito es que la prueba sea conducente, se lleve a cabo en el menor tiempo posible y que “no cause perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros”.

Asimismo el tribunal podrá aceptar el ofrecimiento que haga la persona que habría de soportar la medida respecto de una caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo su aseguramiento se persigue.

Una cuestión importante que trata la Ley de enjuiciamiento es que no le otorga valor probatorio a lo efectuado si la parte que lo realizo no interpone en un plazo de dos meses la demanda, con la salvedad que dicha parte acredite en forma fehaciente que no pudo iniciar dicho proceso en el plazo que marca la ley.

Surge asimismo que no se tiene en cuenta la actuación del Ministerio público.

En el caso del Código Procesal para Colombia, el art. 298 modificado por Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 129, trata sobre la citación anticipada del testigo gravemente enfermo, y se deberá citar a la parte contraria.

El codificador previo para el caso de que la parte ignore donde puede citar a la contraria, la notificación por edictos, reglada en el art. 318 del mismo código. Dicho artículo prevee la notificación por edictos y en caso de conocerse dicho domicilio y haberselo declarado bajo juramento, el art. 320 autoriza la notificación personal. En tal caso el notificador entregará el aviso a cualquier persona que se encuentre allí ó fijará el aviso en la puerta de acceso.

Un rasgo interesante que muestra el Código Procesal de Colombia es que se puede realizar la prueba testimonial ante notarios o alcaldes. Tal es lo que informa el art. 299. Por dicho artículo se puede rendir testimonio para fines no judiciales y aquellos que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria, el que lo solicite deberá afirmar bajo juramento que se considera prestado con la presentación del escrito y que solo los testimonios están destinados a servir de prueba sumaria para un determinado asunto y sólo tendrá valor para el mismo.

Con respecto a la inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que se soliciten en forma anticipada, la misma se realizará con citación de la contraparte o sin ella.

Se debe tener en cuenta que en el procedimiento colombiano el juez tiene parte activa y con respecto a la declaración de los testigos, estos son interrogados por el magistrado.

Para el Código Procesal del Perú se debe citar a la contraparte, artículo 287, pero si aquel que solicita la prueba anticipada da razones de garantía y seguridad, el juez puede obviar dicha citación y la prueba se realizará sin la contraria.

Analizando lo hasta aquí visto, surge que en el ámbito internacional se tiene en cuenta el principio de contradicción derivado de la garantía de defensa en juicio, es decir que para el instituto de la prueba anticipada, en contados casos, hay una postergación de ese contradictorio.

Consideramos que para aquellos pocos casos en que se posterga el contradictorio o que no es llamado el Ministerio público como ser el Cód. Procesal del Perú, no puede la contraparte tener en forma diferida una cabal conciencia de la prueba realizada. A tal efecto ponemos de ejemplo la declaración de algún testigo de muy avanzada edad o por ausentarse del país, en que en la audiencia no solo declara sobre las preguntas que se le refieren sino que además la contraparte no tuvo la oportunidad de observar sus gestos, la forma de utilizar las palabras, si hubo o no manifestaciones del testigo que no fueron vertidas textualmente en acta y que

hubiera significado para la contraparte la necesidad de una repregunta, etc.

Como bien observa Vescovi y Vaz Ferreira¹⁶ cuando manifiestan que del principio de igualdad ante la ley se deduce “el principio de la bilateralidad de la audiencia, y la eventualidad de la contradicción y la controversia, que produce, solamente, el ‘desplazamiento de la oportunidad’ del contradictorio, como sucede en los procesos monitorio y cautelar y aun en el juicio de rebeldía. Fuera de estos casos de excepción, la regla la constituye el contradictorio”.

También Kielmanovich¹⁷ considera que para que sea válida o por lo menos eficaz la prueba debe producirse con la audiencia de la contraparte a los fines de que la misma pueda fiscalizarla o contar con la posibilidad de ofrecer prueba en su descargo.

En un mismo sentido Devis Echandia¹⁸ el cual manifiesta que aquel a quien se opone una prueba debe gozar de la oportunidad de conocerla y discutirla.

III- CIRCUNSTANCIAS VALIDAS.

La prueba anticipada no goza de la libertad que tiene todo medio probatorio dentro del procedimiento, ya que la misma se ve limitada por aspectos que tienen como característica esencial el aseguramiento de una prueba por razones, fundamentalmente, de urgencia.

Estas razones están vinculadas con el riesgo que puede correr una de las partes, de un futuro procedimiento, en no poder hacer valer una prueba que, para la misma, es fundamental y puede, en su caso, obtener la resolución final buscada.

Como bien se dijo existen limitaciones para la realización de dicha prueba:

a- Están aquellas que se solicitan en atención a una urgencia por razones de salud, el caso del testigo gravemente enfermo, o por que la persona que debe brindar testimonio se encuentre pronto a ausentarse del país, o considerando que el procedimiento puede extenderse en el tiempo en demasía, solicitar la declaración de ese testigo de muy avanzada edad.

b- También dentro de éste marco limitativo, se encuentran las que se solicitan por existir temor fundado en

¹⁶ Conforme Enrique Vescovi y Eduardo Vaz Ferreira. Ob. Cit. Pág. 110.

¹⁷ Conforme Jorge L. Kielmanovich. “Teoría de la prueba y medios probatorios”. Edit. Abeledo-Perrot, 1996, Pág. 56.

¹⁸ Conforme Devis Echandía. “Teoría general de la prueba judicial”, 2ª Edic. Edit. Victor de Zavalía, 1972, Pág. 123.

que esos medios probatorios pueden ser alterados, ya sea por el transcurso del tiempo o por la mano del hombre, desnaturalizando, en consecuencia, su fin para cuando se produzca la etapa probatoria dentro del procedimiento.

Como se puede observar son dos las situaciones que fundamentan el pedido de una prueba anticipada, en las dos circunstancias vemos que existe el común denominador que es el aseguramiento, pero, consideramos que la primera es de naturaleza probatoria propiamente dicha y la segunda de naturaleza cautelar.

En este último caso consideramos que la prueba anticipada se comporta como una medida de naturaleza cautelar, es decir que la anticipación se justifica para evitar el comportamiento de la otra parte que puede, por medio de maniobras, ocultar, modificar o destruir una prueba que es esencial. Ejemplos clásicos son: el secuestro de historia clínica o el secuestro de un disco rígido.

Pero, no podemos dejar de lado que también goza de una naturaleza probatoria, puesto que una vez confirmada la misma será objeto de análisis por parte del juez o tribunal para dictar su fallo final.

Como se puede observar, de las dos medidas expuestas surge en forma evidente que existe un común denominador, que es el aseguramiento, denominador éste que también esta inmerso en las medidas cautelares las cuales tienen por objeto asegurar el resultado de una posible sentencia.

B- En el ámbito penal, si bien no es nuestra materia, diremos que se distingue entre prueba anticipada y prueba preconstituida y que si bien son conceptos afines, no son absolutamente idénticos.

Tanto una como otra apuntan a una prueba que se produce antes de la oportunidad procesal diferenciándose en que la preconstituida el medio probatorio nace o se produce con anterioridad a la existencia del conflicto precaviendo que éste pueda llegar a ocurrir en el futuro, ejemplo de ello lo tenemos en los bancos donde se instalan cámaras fotográficas o circuitos de televisión para grabar la comisión de posibles delitos en el interior de los mismos.

En cuanto a la prueba anticipada, en cambio, la misma se produce con posterioridad a la ocurrencia del hecho que da origen al proceso debiéndose tener en cuenta que la misma deberá recaer sobre ciertos medios de prueba que puedan perder su virtud probatoria por el simple transcurso del tiempo. El ejemplo de este tipo de prueba son los exámenes físicos a que son sometidos quienes han sido víctima de delitos que afecten de alguna manera su cuerpo (homicidio,

lesiones, delitos sexuales, etc.); asimismo también dentro de esta categoría de pruebas anticipadas entra la inspección ocular y la fijación fotográfica, etc.

Debemos aclarar que, para el Código Procesal Penal el concepto de prueba anticipada no atiende al carácter intrínsecamente perecible de la prueba, sino a la imposibilidad de rendirla en el momento y lugar del último acto procesal como ser el juicio oral. Pero, más allá del carácter que se le quiera arrojar, para la recolección o la incorporación de la prueba debe mantenerse en forma incólumne las garantías constitucionales.

IV. NATURALEZA PROCESAL DE LA PRUEBA ANTICIPADA.

Partiendo de la base que, la realización de una prueba anticipada es la confirmación de la verdad de un hecho, el mismo debe de tener una entidad tal que merezca su incorporación adelantadamente.

Consideramos que en cuanto a la naturaleza procesal de las pruebas anticipadas, la misma tiene un doble carácter.

Tenemos aquellas que se deben considerar como de naturaleza probatoria propiamente dicha y las que se deben considerar como de un aseguramiento cautelar, es decir que consideramos a las mismas como una confirmación anticipada cautelar.

Ahora bien, el fin perseguido con éste instituto, es la de suministrar en forma anticipada aquellos medios o elementos probatorios que serán base para una declaración de certeza sobre los hechos expuestos en una demanda, frente a los distintos elementos o situaciones que se pueden presentar antes o después de iniciado un procedimiento, es decir el adelantamiento de la confirmación de la verdad de una proposición. Ello hace que luego de realizada la anticipación probatoria e iniciado el proceso posterior, o aún cuando se efectúa durante el procedimiento, la relación sustancial prosiga con su carácter de controvertida.

La anticipación de una prueba debe cumplir fundamentalmente con el requisito de que pueda la misma ser de imposible cumplimiento o que pueda ser destruida o desaparecer para el momento del procedimiento en que se tiene que producir.

Dicha anticipación deberá asimismo cumplir con el principio de bilateralidad no pudiéndose postergar el contradictorio, ya que si así fuera estaríamos conculcando la garantía del debido proceso.

IV.A: Las de Naturaleza Probatoria:

Las primeras, es decir las de naturaleza probatoria, son las que se realizan a los fines de conservar durante el curso de un procedimiento una prueba cuya producción puede resultar imposible en el período procesal oportuno, como por ejemplo la declaración de un testigo de avanzada edad o que este por ausentarse del país. Así reza el art. 291 del Cod. Procesal del Perú: “Cuando por ancianidad, enfermedad o ausencia inminente de una persona, sea indispensable recibir su declaración, el interesado puede solicitar su testimonio”.

Es claro que a diferencia de las informaciones ad perpetuam memoriam del derecho canónico, por las cuales se podían efectuar aun en el caso de que no existiere la iniciación de un proceso o la anticipación del mismo, en el caso de las pruebas que se pretenden efectuar en forma anticipada debe existir la inminencia de un procedimiento, tal como lo expresa el art. 284 del Cód. Procesal del Perú.

Pero ocurre, con buen tino por cierto, que en la Argentina y más precisamente en la Provincia de Santa Fe, el Código Procesal autoriza a asegurar prueba sin necesidad de iniciar el juicio posterior. Tal posición esta sostenida por el art. 273 del referido código, que autoriza, en caso de peligro de perderse algún derecho, realizar una información sumaria de testigos, una prueba pericial o comprobar el estado o calidad de lugares o cosas incluyendo la inspección ocular.

Resguarda, el código mencionado, la necesidad de la presencia de la otra parte o en su defecto del ministerio fiscal, todo con el fin de controlar la realización de la misma.

Vemos entonces que tienen una función esencial, que es la de prevención, ya que frente al resguardo de un derecho o a los fines de un futuro juicio, el valor probatorio que se obtiene anticipadamente o preventivamente establece su certeza antes de que se verifique en la etapa de confirmación ordinaria.

Tal verificación adquiere para el peticionante una ventaja, que es la de evitar durante el proceso de cognición el sufrir un daño al no poder efectivizar la prueba que se pretende agregar.

IV.B: Prueba Anticipada de Aseguramiento Cautelar:

Desde el momento en que el procedimiento es un ordenamiento de actos procesales que tienden a una resolución final, y que estos insumen un tiempo determinado, de acuerdo con la complejidad del tema planteado por las partes, es obvio que se presente alguna preocupación respecto de que se torne inaplicable la solución buscada.

Es evidente que cuanto más tarda el proceso mayor será el perjuicio que sufra una de las partes, siendo por ello que es

importante la aplicación del principio de celeridad el cual tiene un límite que es el principio de seguridad jurídica.

Frente al peligro existente en la alteración de una situación de hecho durante la actuación de la jurisdicción que puede llegar a tornar ineficaz la providencia y por ende provocar un daño, para evitar el mismo está la actividad cautelar.

Dicha actividad cautelar tiene como misión, hasta tanto se espera la sentencia definitiva, prever posibles efectos que puedan ocurrir durante el transcurso del tiempo.

Como bien dicen distintos autores la garantía cautelar está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra¹⁹. Es decir que, la finalidad de las medidas cautelares es el aseguramiento práctico de la sentencia.

Otros autores introducen, además de los bienes a la prueba a los efectos del debido aseguramiento de la misma y a los fines de mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de las necesidades urgentes, todo tendiente a tornar eficaz la sentencia²⁰.

El asegurar el cumplimiento de la sentencia no sólo se protege el interés privado de las partes sino que garantiza la eficacia y seguridad de la actividad jurisdiccional a fin de impedir que los particulares tornen ilusorios los mandatos judiciales²¹.

Una parte de la doctrina considera que las pruebas anticipadas no participan de las características de las medidas cautelares considerando que las mismas aún obtenidas antes de la etapa pertinente se adquieren definitivamente, mientras que las medidas cautelares son provisionales y mutables; además las pruebas anticipadas se deben producir con el control de la otra parte o el defensor oficial, mientras que las medidas cautelares se ordenan sin audiencia de aquélla²².

Otra parte entiende que si bien se destaca el carácter cautelar de las pruebas anticipadas difieren de las medidas cautelares genéricas ya que no tienen como finalidad el aseguramiento de bienes, sino el de pruebas²³. No se trata pues de diligencias para el planteamiento de la acción o

¹⁹ Piero Calamandrei. "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares". Librería El Foro Bs.As.

²⁰ Podetti Ramiro J. "Tratado de las medidas cautelares", Edit. Ediar, 1969, To IV, Pág. 33.

²¹ Alfredo J. Di Iorio. "Temas de Derecho Procesal". Edit. Depalma, Pág. 90.

²² Arazí Roland. "Diligencias preliminares. Requisitos de procedencia". LL. To 1994-D, Pág.450.

²³ Carlo Carli. "La demanda Civil". Edit. Lex, Pág. 63.

defensa sino de instrumentos o medios de asegurar una prueba²⁴.

También se sostiene que las pruebas anticipadas tienen vinculación en forma mediata con las medidas cautelares, es decir con resguardar el objeto del litigio, pues su fin inmediato está relacionado con el derecho formal²⁵.

Debemos tener en cuenta que el *periculum in mora*, base de las medidas cautelares es el peligro del ulterior daño marginal²⁶ que podría derivar del retardo de una providencia definitiva y por ende perjudicial para el litigante corriendo serios riesgos de tornarse inútiles los medios de prueba con que contaba.

Luego de haber observado lo que la doctrina formula, consideramos que existe la prueba anticipada de aseguramiento cautelar, que son medidas conservatorias de resguardo frente a la posible destrucción o indisposición de las mismas por distintas causas, ya sean naturales o que puedan ser perjudicadas por la mano del hombre. Las clásicas pruebas anticipadas asegurativas son: el secuestro de historia clínica o el secuestro de disco rígido, que en forma evidente señalan una verdadera medida cautelar, además de estar dirigidas al inicio del futuro procedimiento, como bien dice Calamandrei "funciona como primera fase anticipada de la ejecución dirigida a la satisfacción del crédito"²⁷.

De lo expuesto surge que se trata de un supuesto de medida cautelar genérica sin postergación del contradictorio, prevista por el Código Procesal y que tiene por finalidad evitar la frustración de la probanza ofrecida y atenderá ulteriormente al cumplimiento de la sentencia.

Si hacemos una comparación con el instituto cautelar, veremos que existen dos requisitos que son comunes, peligro en la demora y verosimilitud en el derecho.

A- Con referencia al peligro en la demora, lo que busca la medida cautelar es un aseguramiento de los medios necesarios a los fines de hacer efectiva la futura sentencia no transformándose la misma en ilusoria y no, una satisfacción del derecho motivo de la acción. "El juez debe establecer la certeza de la existencia de un estado objetivo de peligro que

²⁴ Palacio Lino Enrique. "Medidas preparatorias del proceso e instrucción preventiva". LL. To 92, Pág.178.

²⁵ Falcón Enrique M. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Edit. Abeledo-Perrot. To II, Pág. 233.

²⁶ Finzi Enrico. "Riv. dir. proc. civ. 1926, II, Pág. 50.

²⁷ Piero Calamandrei. "Introducción al Estudio sistemático de las providencias cautelares". Lib. El Foro. 1996, Pág. 112.

haga aparecer como inminente la realización del daño derivable de la no satisfacción de un derecho”²⁸.

Como hemos visto también en las pruebas anticipadas tenemos ese carácter del peligro en la demora, ya que existe, en ciertos medios de prueba, la imposibilidad de obtenerlos luego de pasado un tiempo o podrían estos, ser manipulados de forma tal que se vería afectada la parte que pretende incorporarlos al procedimiento.

B- En lo que atañe a la verosimilitud en el derecho y con respecto a la prueba anticipada, el juez debe estimar sobre las causas en que se funda el pedido, es decir que debe tener la convicción de la necesidad del mismo, que la prueba que se pretende realizar anticipadamente tenga relación al hecho motivo de la acción y que, si se posterga su producción, podría transformarse en imposible su acreditación.

Y, con referencia a las medidas cautelares, la verosimilitud en el derecho se logra a través de elementos probatorios que le demuestran al Juez una probabilidad cierta respecto de lo solicitado y que sin ese elemento la convicción del juez no tendrá los alcances queridos por el que pretende dicha medida.

Como vemos estos requisitos son comunes a ambos institutos pero existe la diferencia que en las medidas cautelares se posterga el contradictorio y en la prueba anticipada no existe tal postergación, ya que la misma se realiza con comunicación a la contraria o en su defecto anoticiando al defensor oficial

En el caso de secuestro de historia clínica o el secuestro de disco rígido, la bilateralidad que requiere el principio de contradicción debe cumplirse con la intervención del defensor oficial en todos los casos, si bien hay voces que consideran que la prueba anticipada de aseguramiento cautelar al practicarse en el domicilio de la futura parte contraria, la misma fiscaliza lo actuado y por ende no necesitaría de la intervención de un defensor.

V. CONCLUSIONES.

En consecuencia consideramos que, la prueba anticipada goza de una naturaleza procesal probatoria que se encamina a confirmar medios o elementos de prueba que en un futuro pueden ser de imposible realización y, de una naturaleza procesal de confirmación anticipada cautelar ante la posible pérdida o destrucción del medio probatorio que deseamos incorporar.

²⁸ Piero Calamandrei. Ob.cit. Pág. 76.

