

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba en el
proceso civil**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Juan Garnica Berga

Director

Enrique Vallines García

Madrid, 2017



**LA PRUEBA ANTICIPADA Y EL
ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA EN EL
PROCESO CIVIL**

Tesis Doctoral presentada por:

Juan Garnica Berga

Dirigida por:

Prof. Dr. D. Enrique Vallines García

Madrid, octubre de 2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	11
PRESENTACIÓN	15

CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA Y DEL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

1. Introducción	21
2. Precisiones terminológicas	22
2.1. La prueba en general	22
2.2. Distinción entre las fuentes y los medios de prueba	23
3. Qué es la prueba anticipada	25
4. Qué es el aseguramiento de la prueba.....	28
A. La prueba como término polisémico. Aseguramiento de la actividad probatoria.....	29
B. Protección de las fuentes de prueba materiales	30
5. Fundamento de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba.....	32
5.1. Introducción	32
5.2. La importancia de la prueba en el proceso civil	34
5.3. El derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes	34
5.4. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y la indefensión.....	37
5.4.1 Posible inclusión de la prueba anticipada en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.....	39
5.4.2 Posible inclusión del aseguramiento de la prueba en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes	42

5.4.3 Consecuencias de la inclusión de la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba en el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes	44
6. Naturaleza jurídica de la anticipación de la prueba y el aseguramiento de la prueba.....	47

CAPÍTULO SEGUNDO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. Introducción	52
2. Derecho Romano	53
2.1. Breve referencia a su evolución histórica.....	53
2.2. Estado de la prueba en la época prejustiniana	54
2.3. Estado de la prueba tras la Compilación Justiniana	55
3. Los visigodos en España	56
4. El renacimiento del Derecho romano: el Ius Commune.....	58
5. Las compilaciones y la recepción del Ius Commune.....	60
5.1. Las Compilaciones, en general	60
5.2. Compilaciones promulgadas durante la reconquista.....	63
5.2.1. El Fuero Juzgo o <i>Liber iudiciorum</i>	63
5.2.2. Las Siete Partidas: absorción del Ius Commune	64
5.2.3. El Ordenamiento de Alcalá.....	67
5.3. Compilaciones realizadas con posterioridad a la reconquista....	68
5.3.1. La Nueva Recopilación: “La recopilación de las leyes de estos reynos”	68
5.3.2. La Novísima Recopilación.....	68
6. La codificación.....	71
6.1. Introducción	71
6.2. Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas del Comercio, de 24 de julio 1830 y el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia 1836.....	73
6.3. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855	74
6.4. Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.....	75

6.4.1. Prueba testifical anticipada.....	75
6.4.2. Prueba anticipada en la jurisdicción voluntaria y la preconstitución extraprocetal de la prueba.....	77
6.4.2.1. Prueba anticipada en la jurisdicción voluntaria ex LEC 1881	77
6.4.2.2. Prueba preconstituida.....	82
6.4.3. Aseguramiento de la prueba.....	85

CAPÍTULO TERCERO. DERECHO EXTRANJERO

1. Introducción.....	89
2. Países europeos con mayor influencia.....	90
2.1. Italia.....	90
2.2. Alemania.....	94
2.3. Francia.....	97
3. Latinoamérica.....	100
3.1. Introducción.....	100
3.2. Código Procesal Modelo Civil para Iberoamérica.....	103
3.3. Argentina.....	104
3.4. Chile.....	108
3.5. México.....	109
3.6. Colombia.....	110
3.7. Otros países latinoamericanos.....	111
4. Derecho inglés y estadounidense.....	113
4.1. Introducción.....	113
4.2. Inglaterra.....	114
4.2.1. Introducción.....	114
4.2.2. Protocolos previos al proceso.....	114
4.2.3. Procedimiento formulario.....	116
4.2.4. El descubrimiento (<i>Disclosure</i>).....	117
4.3. Derecho estadounidense.....	124

4.3.1. Introducción	124
4.3.2. El descubrimiento (<i>Discovery</i>)	125
4.3.3. Los testimonios para perpetua memoria (<i>deposition to perpetuate testimony</i>) y para bien ser (<i>deposition bene esse</i>)	131

CAPÍTULO CUARTO. CARACTERÍSTICAS Y PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA ANTICIPADA Y EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. Introducción	135
2. Características comunes de la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba.....	135
2.1. Introducción	135
2.2. Características de la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba	138
2.2.1. Judicialidad o jurisdiccionalidad.....	138
2.2.2. Temporalidad.....	141
2.2.3. Dispositividad	142
2.2.4. Necesidad	149
3. Diferencias con las diligencias preliminares y las medidas cautelares	151
3.1. Introducción	151
3.2. Diligencias preliminares.....	151
3.2.1. Concepto y finalidad	151
3.2.2. Características propias de las diligencias preliminares	151
a) Necesidad	151
b) Carácter preparatorio.....	152
c) Antecedentes o son previas al procedimiento principal	153
d) Numerus clausus.....	153
e) Uso restrictivo	155
3.2.3. Requisitos para la adopción de las diligencias preliminares	155
4. Medidas cautelares	157

4.1. Concepto y finalidad	157
4.2. Características propias de las medidas cautelares	158
a) Garantía o instrumentalidad	158
b) Variabilidad	158
c) Temporalidad	158
d) Homogeneidad y proporcionalidad.....	159
e) <i>Numerus apertus</i>	160
4.3. Requisitos para la adopción de las medidas cautelares.....	161
5. Distinción entre todas ellas.....	163
5.1. El primer punto de distinción evidente que existe entre todas las figuras analizadas, es la finalidad	163
5.2. El segundo elemento definitorio y diferenciador, es el campo jurídico en el que despliegan sus efectos	167
6. Presupuestos de la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba.....	168
6.1 Introducción	168
6.2 Requisito objetivo.....	169
6.3 Requisito temporal.....	182
6.4 Requisito subjetivo.....	183
6.5 Requisito formal.....	184
6.6. Requisito material. El temor fundado. Presupuesto de la anticipación probatoria y el aseguramiento de la prueba: El <i>periculum in mora</i>	184
a) Temor fundado. Acreditación.....	188
b) Supuestos de justificación del temor fundado	191
c) Supuestos de no justificación del temor fundado	192

CAPÍTULO QUINTO. PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA

1. Introducción	196
2. Prueba anticipada <i>ante demandam</i>	197

2.1. Introducción	197
2.2. Solicitud de prueba anticipada <i>ante demandam</i>	201
2.2.1. Identificación de las partes.....	202
2.2.2. Hechos del futuro proceso.....	203
2.2.3. Hechos del futuro proceso y juicio de admisibilidad de la prueba que se produce dentro de un proceso pendiente	216
2.2.4. Fundamentos jurídicos	222
2.2.4.1. Legitimación	222
2.2.4.2. Competencia	229
2.2.4.3. Postulación y defensa.....	234
2.2.5. <i>Petitum</i>	236
3. Prueba anticipada <i>lite pendente</i>	236
3.1. Solicitud de la prueba anticipada <i>lite pendente</i>	236
3.2. Identificación de las partes.....	237
3.3. Hechos de la solicitud	237
3.4. Fundamentos jurídicos	238
3.4.1. Legitimación	239
3.4.2. Competencia	239
3.5. Postulación y defensa.....	240
3.6. <i>Petitum</i>	240
4. Admisión e impugnación de la prueba anticipada.....	240
4.1. Admisión de la prueba anticipada	240
4.1.1. Admisión de la solicitud de la prueba anticipada.....	243
4.1.2. Impugnación de la inadmisión de la prueba anticipada	244
4.1.2.1. Impugnación de la providencia que inadmite una petición de prueba anticipada <i>ante demandam</i>	244
4.1.2.2. Impugnación del auto que inadmite una petición de prueba anticipada <i>ante demandam</i>	245
4.1.2.3. Impugnación de la resolución que inadmite una petición de prueba anticipada <i>lite pendente</i>	247
5. Práctica de la prueba anticipada	247
a) Interrogatorio de parte	248

b) Documentos públicos y privados.....	249
c) Dictamen de los peritos.....	249
d) Reconocimiento judicial.....	251
e) Interrogatorio de los testigos.....	251
6. Reiteración de la prueba.....	253
7. Plazo de validez de la prueba practicada anticipadamente.....	256

CAPÍTULO SEXTO. PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN DEL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

1. Introducción.....	258
2. Petición de aseguramiento <i>ante demandam</i>	259
2.1. Identificación de las partes y terceros.....	260
2.2. Hechos del futuro proceso.....	262
2.3. Requisitos de la medida asegurativa propuesta.....	263
2.3.1. Requisitos comunes con la prueba anticipada.....	263
2.3.2. Requisitos específicos del aseguramiento de la prueba: Posibilidad, conducencia, brevedad y menor onerosidad.....	264
2.4. La caución.....	266
2.5. Fundamentos jurídicos.....	270
2.5.1. Legitimación.....	270
2.5.1.1. Legitimación activa.....	270
2.5.1.2. Legitimación pasiva.....	271
2.5.2. Competencia.....	274
2.5.3. Postulación y defensa.....	275
2.6. <i>Petitum</i>	275
3. Petición de aseguramiento de la prueba <i>lite pendente</i>	277
3.1. Hechos del proceso.....	277
3.2. Fundamentos jurídicos.....	278
3.2.1. Legitimación activa.....	278
3.2.2. Legitimación pasiva.....	278

3.3. <i>Petitum</i>	279
4. Posibles medidas asegurativas a adoptar.....	279
5. Procedimiento del aseguramiento de la prueba.....	281
5.1. Procedimiento <i>ante demandam</i>	281
5.1.1. Procedimiento con plena contradicción.....	281
5.1.2. Procedimiento <i>inaudita parte</i>	284
5.2. Procedimiento <i>lite pendente</i>	286
6. Impugnación de la decisión de aseguramiento de la prueba.....	286
6.1. Impugnación de la solicitud de aseguramiento de la prueba <i>ante demandam</i>	286
6.2. Impugnación de la solicitud de aseguramiento de la prueba <i>lite pendente</i>	288
7. Plazo de validez.....	290

CAPÍTULO SÉPTIMO. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y SU EJECUCIÓN

1. Introducción	293
2.- Breve recordatorio del ámbito objetivo del aseguramiento	294
3. Posibles medidas de aseguramiento	295
3.1. Medidas de aseguramiento legales.....	295
3.2. Medidas de aseguramiento recogidas en la jurisprudencia.....	296
3.3. Medidas asegurativas consideradas por la doctrina	299
4. Tipología de las medidas de aseguramiento. Medidas de aseguramiento generales.....	300
4.1. Posibles medidas asegurativas	300
4.2. Posibles cauces procedimentales para la ejecución de las medidas de aseguramiento.....	302
4.2.1. La conservación de cosas y situaciones	302
4.2.1.1. Conservación de cosas	302
4.2.1.2. Conservación de bienes inmuebles	304

4.2.1.3. Conservación de situaciones	305
4.2.2. Constancia fehaciente de la realidad de una cosa o de la situación con sus características	306
4.2.2.1. Constancia fehaciente de la realidad de las cosas	306
4.2.3. Mandatos de hacer y de no hacer recogidos en el artículo 297.2 LEC	311
5. Prelación de las medidas asegurativas generales	315
6. Medidas asegurativas especiales	317
6.1. Introducción	317
6.2. Descripción detallada, con o sin toma de muestras, de las mercancías y objetos litigiosos	322
6.3. Incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos	323
6.4. Incautación de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas	324
7. Prelación de las medidas de aseguramiento especiales	324
8. Medidas asegurativas y la restricción de derechos fundamentales	325

**CAPÍTULO OCTAVO. LA PRUEBA ANTICIPADA Y EL
ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA EN LA COOPERACIÓN
JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL O MERCANTIL**

1. La importancia del derecho a la prueba en el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia civil o mercantil.....	333
2. Textos legales internacionales referidos a la obtención de la prueba en el extranjero.....	334
2.1. Convenio de la Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial	335
2.2. Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias	338
2.3. Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil	341

2.4. Ley Orgánica Poder judicial y la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil.....	345
3. Prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba en los textos analizados	348
3.1. Prueba anticipada.....	348
3.2. Aseguramiento de la prueba.....	349
CONCLUSIONES	353
ABSTRAC	362
BIBLIOGRAFIA Y JURISPRUDENCIA	366
JURISPRUDENCIA.....	391

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AC	Aranzadi Civil (repertorio de jurisprudencia menor de la Base de Datos Aranzadi).
Art., arts.	Artículo, artículos.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
Cap.	Capítulo.
CADDHH	Convención americana para la defensa de los derechos humanos.
CB	Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
CC	Código Civil (Real Decreto 24 de julio de 1889).
CE	Constitución Española (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 1978).
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950.
Cit.	Citado.
CP	Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).
<i>CPC</i>	<i>Codice di Procedura Civile.</i>
CPDH	Convenio para la protección de los derechos humanos.
CPMCI	Código Procesal Modelo Civil Iberoamérica.

CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
CPCh	Código de Procedimiento Civil-Chile.
CPPC	Código Procesal de Procedimientos Civiles-México.
CPCC	Código de Procedimiento Civil-Colombia.
CPES	Código Procesal Civil y Mercantil-El Salvador.
CPCN	Código de Procedimiento Civil-Nicaragua.
CPPa	Código Procesal Civil-Paraguay.
CPH	Código Procesal Civil-Honduras.
CPR	Civil Procedure Rules.
DA	Disposición Adicional.
DF	Disposición Final.
DUDDH	Declaración universal de los derechos humanos
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española [<i>Diccionario de la Lengua Española</i> , 22. edic., Espasa Calpe, Madrid, 2001; puede consultarse también en la página de Internet http://www.rae.es).
ECLI	Base de datos CENDOJ.
Edic.	Edición.
EJEA	Ediciones Jurídicas Europa-América.
EM	Exposición de Motivos.
Etc.	Etcétera.
FRCP	Federal Rules Civil Procedure
FJ, FFJJ	Fundamento jurídico, fundamentos y jurídicos

- I.f. *In fine.*
- LCJI Ley de cooperación jurídica internacional (Ley 29/2015, de 30 de julio).
- LEC Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero).
- LEC1881 Ley de Enjuiciamiento Civil *anterior* (Real Decreto de 3 de febrero de 1881). Salvo que se indique lo contrario, debe manejarse el texto vigente en el momento inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la LEC.
- LEC 1855 Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.
- LECr Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882).
- LJV Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015 de 2 de julio).
- LO Ley Orgánica.
- LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, del de julio).
- LP Ley Patentes (Ley 24/2015, de 24 de julio).
- NCPC *Nouveau Code de procédure civile.*
- Núm. Número.
- Pag.Pags. Página, páginas.
- RAJ Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.
- RB Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

judiciales en materia civil y mercantil (llamado «Reglamento de Bruselas»).

RD	Real Decreto.
RDO	Resultando.
RSP	Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales (Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre).
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
Ss.	Siguientes.
STC, SSTC	Sentencia del Tribunal Constitucional, Sentencias del Tribunal Constitucional.
STJCE,	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,
SSTJCE	Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STS, SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo, Sentencias del Tribunal Supremo.
T.	Tomo.
TC	Tribunal Constitucional.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.
V.gr.	Por ejemplo.
Vol.	Volumen,
ZPO	<i>Zivilprozessordnung.</i>

PRESENTACIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar dos de las figuras que, en nuestra opinión, menos atención han recibido en el ámbito procesal pese a su raigambre histórica y su novedad legislativa absoluta, la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba, respectivamente.

Ambas figuras han sido objeto de un mínimo enjuiciamiento jurisprudencial y estudio doctrinal, pese a ser dos piezas fundamentales para la válida consecución de la tutela jurisdiccional.

En el plano jurisprudencial el análisis de ambas figuras ha arrojado luz en torno sus características y sus finalidades pero este estudio ha traído también ciertas sombras, debido sobre todo al hecho de que los tribunales confunden, en algunos casos, la anticipación y el aseguramiento con las diligencias preliminares y, con mucha frecuencia, con las medidas cautelares.

Por lo que respecta al ámbito doctrinal comprobamos como existen muy pocas obras de renombrados tratadistas que hayan profundizado en el estudio de la anticipación o el aseguramiento de la prueba. No entendemos el por qué de esta falta de atención hacia estas figuras, puesto que junto con las diligencias preliminares y las medidas cautelares son la base para asegurar la debida consecución de la Justicia.

En este sentido, y como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 15/2015 de 2 de julio, de la ley de jurisdicción voluntaria, se ha cerrado cualquier camino para anticipar o asegurar una fuente probatoria fuera de los procesos declarativos.

A ello se le debe sumar el hecho de que, pese a la creencia general, no es lícito acudir a la preconstitución extrajudicial de la prueba, de modo que las actas y demás documentos notariales, que no hace mucho se utilizaban con la intención de dejar constancia del testimonio de ciertas personas o del estado de algunas cosas, deben ejecutarse ahora por medio de la prueba anticipada o el aseguramiento de la prueba, si se pretende que su resultado pueda ser debidamente evaluado por el órgano jurisdiccional.

Precisamente por este hecho los órganos jurisdiccionales deberán ser muy sensibles a la hora de decidir acerca de las peticiones anticipatorias o asegurativas, de forma que no se impidan injustificadamente o se vulneren los derechos de los justiciables, como ocurre en la actualidad.

Podemos llegar a comprender este olvido en relación con la prueba anticipada debido a que, en un principio, puede llegarse a la equivocada conclusión de que no es sino un pormenor de la prueba en general y la generalidad de los particulares entienda que no existe particularidad alguna al respecto de esta figura.

Sin embargo, no entendemos el silencio total en torno al aseguramiento de la prueba que fue una novedad legislativa absoluta en la LEC 1/2000, de 7 de enero y pese a ello no ha recibido la atención debida, máxime teniendo en cuenta el alcance que puede

tener frente a los sujetos pasivos que deban soportarla y a la posibilidad de solicitarla *inaudita parte*.

La otra razón que me empujó a analizar el objeto de este trabajo fue la importancia que la prueba tiene en mi ámbito profesional. Mi intención al realizar el doctorado no fue otro que profundizar y mejorar en alguna de las materias a las que me enfrento en mi actividad diaria, de modo que cuando me encontré frente a la prueba anticipada y al aseguramiento y comprobé la falta de atención que sufrían, me decidí a acometer la tarea de analizarlas con la mayor profundidad posible, dentro de mis limitadas facultades y conocimientos.

El trabajo que ahora presento está dividido en ocho capítulos.

El primer capítulo aborda el concepto, el fundamento y la naturaleza jurídica de prueba anticipada y del aseguramiento. Desde estos conceptos se desarrollan el resto de capítulos. En efecto, una vez descubierto qué son la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba podemos plantearnos el resto de preguntas -cómo, dónde o por qué- que son objeto de análisis en los siguientes capítulos.

El segundo capítulo analiza los antecedentes jurídicos de los objetos del presente estudio. Este estudio nos confirmó que la prueba anticipada tiene gran raigambre jurídica en nuestro ordenamiento, puesto que estuvo regulada con mayor o menor precisión desde las Siete Partidas hasta nuestros días, si bien sufrió un período de ostracismo desde la promulgación de esta compilación jurídica hasta

la aprobación de la LEC de 1855, donde de nuevo fue regulada de forma expresa.

Por su parte, el capítulo tercero está dedicado al análisis de aquellas legislaciones extranjeras que regulan la prueba anticipada y su aseguramiento. Este capítulo se refiere a legislaciones europeas, latino americanas así como al derecho inglés y al estadounidense.

En nuestra opinión, estos textos legales podrían haber servido de guía al legislador del 2000, de forma que podría haber importado soluciones contenidas en dichas legislaciones para solventar problemas importantes que hemos detectado en nuestro presente estudio como la falta de previsión de la práctica de la prueba anticipada *inaudita parte*, o la ejecución de la misma ante órganos incompetentes en aquellos casos en los que concurren razones de verdadera urgencia.

El capítulo cuarto aborda varias cuestiones de interés relativas a las características y los presupuestos de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba.

Estos temas han sido tratados de manera conjunta al constatar la identidad existente entre las medidas cautelares, las diligencias preliminares y la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba.

En relación con las características de ambas figuras se han confrontado las propias de la anticipación y del aseguramiento frente

a las de las diligencias preliminares y las medidas cautelares por dos cuestiones básicas:

- a) La prueba anticipada se regulaba en la LEC 1881 y se remitía en cuanto a los presupuestos para su presentación al artículo 497 LEC, en sede de diligencias preliminares, y
- b) La regulación del aseguramiento de la prueba está muy “salpicada” de soluciones procedimentales procedentes, sin duda, de las medidas cautelares por lo que una rápida lectura de la misma podría hacer caer en el error de que aquélla compartía la naturaleza jurídica de éstas.

Finalmente, se ha dedicado la última parte del capítulo a comprobar los presupuestos necesarios de la anticipación y del aseguramiento, haciendo de nuevo hincapié en diferenciarlos de los presupuestos de las diligencias preliminares y las medidas cautelares.

La cuestión procedimental ha sido tratada en los capítulos quinto y sexto que tratan el contenido de la solicitud de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba respectivamente, puesto que cada de una de ellas posee cualidades que las diferencian nítidamente.

Cada uno de estos capítulos a su vez se divide en dos epígrafes fundamentales, debido a que tanto la anticipación como el aseguramiento pueden solicitarse antes del inicio del proceso o durante la tramitación del mismo y en cada caso los requisitos que deban concurrir son diferentes.

El capítulo séptimo se dedica a las posibles medidas de aseguramiento y a sus posibles cauces de ejecución. La ejecución de este último capítulo no ha sido fácil puesto que las medidas citadas son innominadas y la ley otorga pocos ejemplos de ellas, razón por la que se ha debido realizar un ejercicio de imaginación apoyado en la escasa jurisprudencia y doctrina que ha tratado este asunto.

Por último, nos pareció interesante analizar el tratamiento que reciben la prueba anticipada y el aseguramiento en los tratados internacionales y en las diferentes directivas comunitarias como consecuencia de la indudable relevancia interna que tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA Y DEL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

1. Introducción

La prueba anticipada está íntimamente ligada a la prueba en general por lo que antes de proceder a definirla, dedicaremos unos párrafos a comprobar si la cercana relación que existe entre ambas debe conllevar necesariamente a concluir que la prueba anticipada es una especie de la prueba en general.

A continuación dedicaremos unas líneas a tratar la distinción entre las fuentes y los medios probatorios pues se tratan de componentes importantes de la futura definición tanto de la prueba anticipada como del aseguramiento de la prueba. Una vez distinguidas las fuentes y los medios de prueba estaremos en condiciones de definir la prueba anticipada y el aseguramiento de forma completa.

Dedicaremos la siguiente parte del capítulo a examinar la posible inclusión de la anticipación y el aseguramiento dentro del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes.

Para finalizar el capítulo, nos referiremos a la naturaleza jurídica de la prueba anticipada y de las medidas de aseguramiento, al efecto de conocer a qué sector jurídico pertenecen así como las reglas que les resultan de aplicación.

2. Precisiones terminológicas

2.1. La prueba en general

Para poder formular una definición precisa de la prueba anticipada, en primer lugar, examinaremos brevemente las normas que regulan la prueba en general para comprobar su posible aplicación.

En segundo lugar, analizaremos las diferentes definiciones que nuestros renombrados tratadistas han dado de la prueba, a fin de comprobar si la prueba anticipada puede ser incluida en alguna de dichas delimitaciones o si, por el contrario, nos encontramos ante una modalidad singularizada de prueba.

Las normas que regulan la prueba encuentran su acomodo en el Capítulo V LEC donde se disciplinan las disposiciones generales sobre la prueba.

Por lo que respecta a las definiciones doctrinales de la prueba en general, GUASP la definió como “un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia o

inexistencia, la veracidad o falsedad de los datos mismos”¹, mientras que para SENTÍS MELENDO la prueba “es la verificación de las afirmaciones formuladas por las partes, relativas, en general, a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas que se realizan utilizando fuentes, las cuales se llevan al proceso por determinados medios”².

Para MONTERO AROCA la prueba es definida “como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza del juzgador respecto de los datos aportados por las partes”³. Por último, DE LA OLIVA⁴ se refirió a la prueba “como aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que adquiriera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de proceso.”

2.2. Distinción entre las fuentes y los medios de prueba

Antes de abordar la conceptualización de las figuras objeto de análisis en el presente trabajo, consideramos necesario proceder a dedicar unos comentarios a precisar terminológicamente los conceptos fuentes y medios de prueba.

Esta decisión se basa en que estos conceptos están íntimamente relacionados con la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba, hasta el punto de que los medios de prueba y las fuentes

¹GUASP. J., ARAGONESES, P. *Derecho procesal civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2014, pág. 350.

²SENTÍS MELENDO, S. *La Prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1990, pág. 16.

³MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pág. 226.

⁴DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. en *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Cerasa, Madrid, 2004, pág. 317.

probatorias son el objeto de protección de la anticipación y del aseguramiento, respectivamente.

En definitiva, para poder dar una definición completa de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba así como para poder comprenderla, es necesario tener bien presente la distinción entre las fuentes y los medios de prueba.

En nuestra opinión, puede comprenderse como fuente el lugar del cual puede obtenerse el conocimiento, aquello que presenta la aptitud de suministrar información relevante para la fijación de los hechos o datos de hecho útiles para el conocimiento de aquéllos y que se dividen en fuentes de prueba personales o reales.

Como sostiene SENTÍS MELENDO “las fuentes de prueba son un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso” ⁵. Siguiendo a DEVIS ECHANDÍA “son fuentes de la prueba los hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho que va a probar” ⁶ o como sostiene ASENSIO MELLADO son “la cosa o la

⁵Vid. SENTÍS MELENDO, S. *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, EJEA, Buenos Aires, 1979, pág. 140. “Las fuentes de prueba “son los elementos que existen en la realidad”, mientras que los medios “están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso, en tanto que el medio “es un concepto jurídico y absolutamente procesal”; la fuente “existirá con independencia de que se siga o no el proceso”, en cambio el medio “nacerá y se formará en el proceso”; en fin, la fuente es “lo sustancial y material”, y el medio es “lo adjetivo y formal”. MONTERO AROCA, J. *La prueba...* Op. Cit. Pág. 155.

⁶DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría general de la prueba judicial*, 2ª Edic. Edit. Víctor de Zavalía, 1972, pág. 29.

persona que proporciona la convicción mediante su apreciación sensible por el juez.”⁷

Para CREMADES MORANT “el medio de prueba es la actividad procesal por la que se introducen las fuentes en el proceso”⁸, de manera que los medios de prueba deben “considerarse como un mecanismo legal y determinado”⁹ que “tiene lugar en el proceso y a través del cual se introducen las fuentes u objetos de prueba”¹⁰, “son el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción”¹¹.

En definitiva, “los medios de prueba poseen información relevante sobre los hechos discutidos en el proceso y que la ley considera idóneos para el desarrollo de la actividad de prueba y la producción del resultado probatorio en un juicio”¹².

3. Qué es la prueba anticipada

⁷ASENCIO MELLADO, J. M^a. *Derecho Procesal civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 116.

⁸MONTERO AROCA, J. *La prueba...* Op. Cit. Pág. 147. MARINA MARTÍNEZ PARDO, J., *Ley de enjuiciamiento civil*, Sepin, Madrid, 2000, pág. 727. “Conviene recordar que una cosa son las fuentes de prueba, que existen fuera y con independencia del proceso y son indeterminadas (no pueden ser objeto de enumeración cerrada, incompatible con los avances de la técnica), y otra su incorporación al proceso, (que en ningún caso puede vulnerar los derechos fundamentales de las partes o de terceros), a través de los medios de prueba, que existen en el proceso y tienen una enumeración cerrada o taxativa (*numerus clausus*) o legal, lógica consecuencia del principio de legalidad del art. 1 LEC.”

⁹ASENCIO MELLADO, J. M^a. Op. Cit. Pág. 116.

¹⁰ARMENTA DEU, T. *Lecciones de derecho procesal civil*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 171.

¹¹ALSINA, H. *Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial*. Ediar, Buenos Aires, 1958, pág. 230.

¹²MENESES PACHECHO, C. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200003.

La prueba anticipada, al igual que la prueba en general, es también una actividad procesal que se desarrolla por las partes con el mismo propósito expuesto en el epígrafe 2.1 anterior, que el juzgador pueda, en el momento procesal oportuno, convencerse sobre la realidad de los hechos alegados por las partes.

Si analizamos las normas referidas a la prueba en general, comprobamos que la anticipación probatoria no difiere de aquélla más que por el momento en que debe proponerse, admitirse y practicarse.

Por tanto, son aplicables a la prueba anticipada la totalidad de los artículos recogidos en el Capítulo V LEC, con la particularidad de que los citados preceptos relativos a la proposición, admisión y práctica de la prueba despliegan su eficacia en un espacio temporal anterior al señalado en la norma.

Comprobados estos antecedentes podemos afirmar que existen claros paralelismos regulatorios e idénticas finalidades entre la prueba en general y la anticipación.

Todo ello, en principio, podríamos llevarnos a concluir que la prueba anticipada podría ser delimitada utilizando cualquiera de las definiciones indicadas en el epígrafe 2.1 anterior, añadiéndole simplemente el complemento circunstancial de tiempo *de forma anticipada al momento procesal previsto con carácter ordinario*.

Sin embargo, esta conclusión no sería válida. La anticipación probatoria no ha sido concebida por el legislador como una herramienta autónoma que permita al juzgador alcanzar su convencimiento, su convicción o la certeza sobre la existencia o

inexistencia de ciertos datos de hecho de manera previa e independiente al resultado del resto de medios probatorios pendientes de ejecución.

Prueba de todo ello es que la ley difiere expresamente la valoración de la prueba practicada de forma anticipada, al momento en que deban ser valorados el resto de medios de prueba que se practiquen en el proceso principal.

En definitiva, la prueba anticipada fue concebida como un procedimiento destinado a adelantar la obtención de un particular resultado probatorio que peligra por razones humanas o naturales, de modo que esté disponible para su valoración en el momento de dictarse la sentencia junto con los demás resultados probatorios que arrojen el resto de los medios probatorios que se practiquen en el proceso principal.

De lo anteriormente expuesto se comprende que la prueba anticipada pretende de forma esencial la indemnidad de los medios de prueba, a los efectos de que su resultado pueda llegar a ser valorado por el órgano jurisdiccional en el proceso principal.

Teniendo en cuenta todo lo anterior y atendiendo a la finalidad propia de la prueba anticipada consideramos que cabría definirla como el conjunto de actos procesales que pretenden, con anterioridad a la existencia de un proceso o al momento procesal oportuno, practicar uno o varios medios de prueba necesarios para la fijación de los hechos que fundamentan o fundamentarán las pretensiones del demandante y/o las alegaciones del demandado en un futuro

proceso¹³, con el fin de adelantar su resultado y resguardarlo hasta el momento en que según la ley deba valorarse.

4. Qué es el aseguramiento de la prueba

Tras definir el primero de los institutos objeto de nuestro estudio, debemos dedicar las próximas páginas a dotar de la correspondiente definición al aseguramiento de la prueba.

Al contrario de lo sucedido con la prueba anticipada, de gran raigambre en nuestros textos legales como veremos en el siguiente capítulo, el aseguramiento de la prueba es un instituto procesal novedoso en nuestra LEC que sufrió su primera modificación sólo cinco años después de su primigenia regulación.

Pese a ser una novedad, desde el punto de vista regulatorio, el aseguramiento de la prueba no ha tenido una especial acogida entre nuestros grandes tratadistas, lo que ha provocado que existan escasos comentarios o definiciones al respecto.

Para definir adecuadamente el aseguramiento de la prueba, en nuestra opinión, debemos detenernos en los dos términos que conforman el concepto a definir, “aseguramiento” y “prueba” porque,

¹³RIZO GÓMEZ, B. *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 41. “...un cauce procesal configurado con el objeto de evitar la frustración de la actividad probatoria, que se concreta en la práctica de un medio probatorio con anterioridad al momento generalmente previsto, ante la existencia del temor fundado a que la prueba, llegado dicho extremo, no pueda ser realizada.” Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13^a, de 21 de junio de 2007 “La prueba anticipada (anticipación de la prueba arts. 293 a 296 L.E.C.), supone la posibilidad de practicar cualquier medio de prueba (consiguiendo anticipadamente el resultado probatorio), antes del juicio (ordinario) o de la vista (verbal), ante el temor de que la fuente de dicha prueba se pierda o altere haciendo imposible la práctica en el proceso.”

a nuestro entender, fijar la definición refiriéndonos únicamente al primero de los términos podría dar lugar a una definición incompleta que, sin duda, llevaría al equívoco por las razones que luego destacaremos.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua, asegurar tiene varias acepciones. De todas ellas consideramos que la más acertada es la siguiente:

“Preservar o resguardar de daño a alguien o algo, defenderlo e impedir que pase a poder de otra persona.”

Esta definición se amolda perfectamente al aseguramiento de la prueba, puesto que la finalidad última de éste no es otra que la protección, la indemnidad, o el resguardo de aquellas fuentes de prueba que puedan servir para aportar información relevante para el presente o el futuro proceso.

Por lo que respecta al término “prueba” debemos realizar las dos matizaciones que se indican a continuación:

A. La prueba como término polisémico. Aseguramiento de la actividad probatoria

Según algunos autores el término prueba proviene de “probar” y se trata de una palabra polisémica que puede ser entendida como una actividad, como un medio, o como un resultado¹⁴.

¹⁴TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*, Trad. J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, págs. 448-451. ALSINA, H. *Tratado teórico...* Op. Cit. pág. 224. DEVIS ECHANDÍA, H. *Compendio de la prueba judicial*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pág. 19. DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho procesal...*Op. Cit. Pág. 317.

Así la actividad probatoria estaría destinada a conseguir la convicción del juzgador, el medio probatorio sería el elemento aceptado legalmente para llevar el conocimiento de los hechos al juez y, por fin, el resultado sería la información relevante aportada por los diferentes medios de prueba que serviría al órgano jurisdiccional para considerar la acreditación de las afirmaciones realizadas por las partes.

Pues bien, cuando el legislador ideó el aseguramiento de la prueba, en nuestra opinión, lo hizo pensando en la prueba concebida como actividad, considerada ésta en su dimensión de derecho fundamental tal y como luego comprobaremos.

Es evidente que el aseguramiento no pretende la protección de los medios de prueba ni su resultado, porque como ya hemos precisado en el epígrafe anterior, ambos ya están amparados por la prueba anticipada.

Por exclusión, se arriba a la lógica conclusión de que el legislador optó por proteger a aquellas cosas, fuentes materiales, que están en condiciones de aportar, por los medios legales previstos, información relevante al seno del proceso, de manera que el órgano jurisdiccional se encuentre en su momento en condiciones de alcanzar la convicción sobre los hechos alegados.

B. Protección de las fuentes de prueba materiales

Si se aseguran las fuentes probatorias se salvaguarda la actividad probatoria, entendida ésta como el conjunto de actos procesales cuya ejecución es necesaria para conseguir la convicción judicial acerca de la veracidad o la falsedad de los hechos alegados por las partes. En este sentido podemos afirmar sin temor a equivocarnos que con una indebida protección de las fuentes de prueba “no es posible desarrollar la actividad probatoria en el proceso, no existen los medios de prueba -la fuente se manifiesta a través del medio- ni su resultado, con lo que imposibilita cualquier actuación jurisdiccional”¹⁵.

Las fuentes de prueba están compuestas por dos categorías, las personas y los objetos o las cosas¹⁶. Las primeras, que aportan sus conocimientos, tienen difícil engarce en el aseguramiento de la prueba puesto que, como es perfectamente comprensible, es imposible mantener a una persona en un mismo sitio o en un mismo estado durante un tiempo indefinido, *v.gr.* un testigo que está cercano a viajar fuera del país o próximo a fallecer¹⁷.

Por dicha razón, el aseguramiento de la prueba se centra en las fuentes de prueba materiales, en los objetos o en las cosas que registran sucesos y son susceptibles de mantenerse en la misma

¹⁵DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría general...* Op. Cit. Pág. 19. “Sin la prueba estaríamos expuestos a la irreparable violación del derecho por los demás, y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico. Gráficamente expresa ese concepto el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo.”

¹⁶MENESES PACHECO, C. Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200003.

¹⁷GIL VALLEJO, B. *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 36. “Se trata, pues de conservar fuentes de prueba que no tengan naturaleza personal -con lo que se excluyen las fuentes de prueba que son las partes mismas y los testigos- refiriéndose únicamente, bien a las cosas muebles o inmuebles, individualmente consideradas, bien a las situaciones en que se encuentren las cosas.”

situación durante el lapso de tiempo que transcurre desde que alguien se propone demandar hasta que se practica la prueba en el momento procesal oportuno.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podríamos definir el aseguramiento de la prueba como el conjunto de actuaciones procesales realizadas y dirigidas por el órgano jurisdiccional, encaminadas a sustraer una o varias fuentes de prueba materiales de la voluntad del hombre o de posibles acontecimientos naturales a fin de asegurar su disponibilidad en el actual o futuro proceso.

5. Fundamento de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba

5.1. Introducción

La razón de ser de los institutos procesales objeto del presente estudio es paliar los posibles perjuicios que, en ocasiones, puede provocar la lentitud en la obtención de la tutela judicial por parte de los justiciables.

La protección de los derechos subjetivos no se obtiene de manera inmediata, sino mediante la ejecución de una serie de trámites tasados que pretenden salvaguardar los derechos de las partes integrantes de cada proceso.

Esta necesaria sucesión de actos tampoco se desenvuelve de manera puntual. Por desgracia, los órganos jurisdiccionales no suelen cumplir los términos fijados en la ley para el desarrollo de los

trámites procesales, mayormente debido a la ingente carga de trabajo que soportan y a la falta de medios personales y materiales.

Por tanto, la regla general es la excesiva prolongación de los procesos en el tiempo que provoca la ausencia de la justicia en sentido estricto. El transcurso de varios años para la obtención de resoluciones judiciales, en muchos casos ni siquiera firmes, no puede asimilarse a la obtención de justicia.

El legislador, conocedor de esta perniciosa y vetusta situación de colapso judicial, ha ideado varias herramientas para tratar de solucionarla y ha dotado a los justiciables de los instrumentos necesarios con los que proteger sus intereses durante el lapso de tiempo que transcurre para la efectiva tramitación de un proceso.

Particularmente en el campo probatorio, la ley ha considerado a la anticipación probatoria y al aseguramiento de la prueba como las herramientas idóneas para certificar la efectiva actividad probatoria en cualquier proceso civil independientemente del tiempo que transcurra desde su inicio hasta su fin.

Esta decisión de proteger la actividad probatoria, sin duda, ha sido adoptada por el legislador ante la importancia que tiene el derecho a la prueba para la consecución del fin del proceso, que no es otro que garantizar que “tengan tutela jurisdiccional todas aquellas situaciones o relaciones contempladas en el ordenamiento de las que

deriven poderes jurídicos para unas personas y correlativamente deberes jurídicos para otros”¹⁸.

Por tanto, la importancia de la prueba radica en el hecho de que se trata de una herramienta importantísima que posibilita la consecución de un ideal superior, la obtención de la tutela judicial efectiva.

5.2. La importancia de la prueba en el proceso civil

Tal es la importancia de la prueba en el proceso que BENTHAM afirmó que éste “no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas”. En el mismo sentido, ARAGONESES afirmó que “si las demás instituciones son la médula, el cerebro o el corazón del Derecho procesal, la prueba encierra el sistema respiratorio del Derecho procesal, puesto que su régimen de prueba es lo único que puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda”¹⁹.

5.3. El derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes

¹⁸DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, Pág. 30.

¹⁹ARAGONESES ALONSO, P. *Técnica Procesal. Proceso de Cognición y juicio verbal*, Aguilar, Madrid, 1955, pág. 497. En el mismo sentido, RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento civil. Como gestionar litigios civiles*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 589. Refiriéndose a la prueba afirma: “Hoy nadie la consideraría una fase del juicio sino, en su caso, uno de los contenidos principales de éste.” DÍAZ FUENTES, A. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 15.

Tan importante es la prueba para el proceso que no es de extrañar que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes conste recogido expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución y sea considerado como un derecho fundamental de naturaleza procesal.

Este derecho ha sido definido como “aquel que poseen las partes consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso, por lo que todas las pruebas pertinentes solicitadas cumpliéndose los requisitos legales, deben ser admitidas y practicadas”²⁰.

Su contenido esencial se integra por el “poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso” (por todas, STC 37/2000, de 14 de febrero [RTC 2000, 37], F. 3)²¹.

²⁰PICÓ I JUNOY, J. *El derecho a la prueba*, JM Bosch, Barcelona, 1996, pág. 18.

²¹ Desde la promulgación de la Constitución hasta el presente, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de delimitar y conformar el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, determinando sus rasgos caracterizadores así como su alcance. Por todas, traemos a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 10 mayo de 2004, (RTC 2004\88), que dispone: “a) es un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador (STC 173/2000, de 26 de junio [RTC 2000, 173], F. 3), en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional (STC 33/2000, de 14 de febrero [RTC 2000, 33], F. 2); b) este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, “no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas” (en el mismo sentido, por todas, STC 96/2000, de 10

Se trata de un derecho fundamental, prestacional, complejo, de configuración legal²², inseparable del derecho de defensa²³, y que al igual que el resto de derechos fundamentales no tiene un carácter ilimitado ni absoluto de ahí “la necesidad de que de adecuarse a unos

de abril [RTC 2000, 96], F. 2); c) no obstante el órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inejecución –imputables al órgano judicial–, cuando se inadmiten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero [RTC 1996, 1], F. 2, y 70/2002, de 3 de abril [RTC 2002, 70], F. 5, por todas); d) no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa (por todas, STC 133/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 133], F. 3) de modo que de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta (STC 19/2001, de 29 de enero [RTC 2001, 19], F. 4)”.

²²DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva” *Cuadernos de derecho público*, núm. 10, mayo-agosto 2000. Pág. 21. “...los derechos fundamentales de configuración legal son aquellos cuyo ejercicio no resulta posible partiendo de su configuración constitucional si no se da desarrollo la mismo. La *interpositio legislatoris* resulta por tanto necesaria para que los titulares de los derechos puedan realmente ejercitarlo. El derecho a la tutela judicial efectiva y en general, los derechos consagrados en el artículo 24 de la CE son paradigma de esta categoría” (SSTC 52/1998, de 3 de marzo [RTC 1998, 52]; 190/1997, de 10 de noviembre [RTC 1997, 190] y Auto del Tribunal Constitucional 14/1999, de 25 de enero [RTC 1999, 14 AUTO]) “Su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal manera que es “*conditio sine qua non*” para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos”; e igualmente que “la consecuencia que de todo ello se sigue es que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda”.

²³SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L. “La incidencia en los procesos civiles del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes” *Ministerio de Justicia e Interior*. Boletín de Información, núm.1811, 1998. Pág. 5

cauces y formas procedimentales”²⁴ y cuyo objeto específico lo constituyen los medios de prueba²⁵.

Pero ¿Cuál es esa actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano jurisdiccional? Para obtener tal objetivo habrá de ejecutarse en su totalidad el procedimiento probatorio que se inicia con la petición de la parte solicitando la prueba, prosigue con la debida proposición de los concretos medios probatorios, continúa con la admisión o inadmisión de los medios propuestos y finaliza con su práctica y ulterior valoración del resultado de los mismos²⁶.

5.4. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y la indefensión.

El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes está íntimamente ligado al derecho a no padecer indefensión²⁷. En este

²⁴ PICO Y JUNOY, J. “El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el nuevo proceso civil español” Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2554/31.pdf>. Pág. 548.

²⁵ SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L. Op. Cit. Pág. 6.

²⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G. *La prueba civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 15. “También este derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa tiene perfecto acomodo en el ámbito procesal civil, en el que, en consecuencia, rige con plenitud el conjunto de contenidos esenciales que la Jurisprudencia constitucional ha extraído del mismo y entre los que se cuentan: 1.º) Derecho a proponer todos aquellos medios de prueba autorizados por el ordenamiento jurídico (v.gr. STC 101/1989, de 5 junio [RTC 1989, 101]), salvo en el supuesto en que una norma con rango de Ley formal excluya la facultad de proponer alguno o algunos de ellos (lo que acontece en los juicios sumarios). 2.º) Derecho a que la prueba «pertinente» sea admitida por los órganos judiciales (v.gr. STC 87/1992, de 8 junio [RTC 1992, 87]). 3.º) Derecho a que la inadmisión de la prueba se realice mediante una resolución judicial debidamente motivada (v.gr. STC 233/1992, de 14 diciembre [RTC 1992, 233]). 4.º) Y derecho a que la prueba admitida sea efectivamente practicada (v.gr. STC 60/1988, de 8 abril [RTC 1988, 60]).”

²⁷ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Comentarios...* Op. Cit. Pág. 49. “Es igualmente cierto, como en otros apartados se verá, que la indefensión ha sido erigida

sentido, debemos recordar que la infracción del derecho a la prueba no alcanza dimensión constitucional si la vulneración cometida en el ámbito del procedimiento probatorio anteriormente descrito no produce indefensión, como luego tendremos oportunidad de desarrollar.

Según DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ²⁸ “en el artículo 24.1 de la Constitución se proclaman dos derechos fundamentales distintos: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho fundamental a no padecer indefensión, ambos de contenido complejo y con múltiples vertientes”.

Dicho autor califica la indefensión “como aquel resultado que deriva de una ilegítima privación o limitación de los medios de defensa, producida en el seno de cualquiera de sus fases o incidentes, que acarrea al justiciable, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos”²⁹.

Para alcanzar la conclusión de que se ha padecido indefensión es necesario comprobar, en primer lugar, que se ha producido una infracción definitiva e insubsanable de una norma procesal, no imputable al justiciable, que tiene la sustantividad suficiente como para provocar una limitación de sus posibilidades de defensa.

En segundo lugar se debe constatar que la citada infracción de la norma procesal ha producido un perjuicio real al justiciable. En este

en requisito para entender vulnerados algunos de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24.2 C.E., con lo cual se está privando a éstos de autonomía, pues no son en sustancia sino especies de un género, esto es manifestaciones del derecho no sufrir indefensión.”

²⁸*Ibidem*. Pág. 28.

²⁹*Ibidem*. Pág. 49.

sentido, hay que señalar que las infracciones procedimentales meramente formales no pueden constituir el fundamento de la infracción del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

En tercer y último lugar, la vulneración de las normas procesales debe ser denunciada no sólo en la instancia en la que se ha padecido la transgresión, sino en las sucesivas instancias.

En definitiva, para que prospere una reclamación basada en la infracción del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes, sería necesario probar que el medio de prueba fue propuesto en tiempo y forma, que éste era legal y lícito y que tenía relación directa con los hechos objeto de debate; además habría que acreditar que el medio de prueba hubiera arrojado información útil y decisiva sobre aquellos hechos, hasta el punto de que si la prueba propuesta hubiera sido admitida y se hubiera practicado, su resultado hubiera variado el fallo de la sentencia.

5.4.1 Posible inclusión de la prueba anticipada en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes

Una vez que hemos delimitado precisamente el ámbito de actuación del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes así como el alcance de la indefensión, nos encontramos en condiciones de valorar la posibilidad de considerar la prueba anticipada como una vertiente o manifestación de aquel derecho.

Acorde con lo expuesto en el epígrafe segundo anterior, es afirmar que la finalidad de la prueba en general es idéntica a la de la prueba anticipada y que ésta se alcanza ejecutando los mismos trámites en

uno y otro caso, si bien en el caso de la anticipación, la valoración del resultado del medio probatorio queda diferida en el tiempo.

Es decir, en ambos casos se otorga a los litigantes o interesados, la facultad de realizar la actividad necesaria para que el juzgador alcance la convicción sobre la realidad de los hechos alegados.

Mediante el procedimiento probatorio anticipado se desarrolla íntegramente el procedimiento probatorio general tal y como si se efectuara en el momento procesal oportuno. Por tanto, existe la proposición de práctica de un medio probatorio que es evaluada por el órgano jurisdiccional que, en caso de admitirse, se práctica de forma anticipada reservándose su resultado para su valoración a un momento posterior.

La única diferencia entre el procedimiento probatorio ordinario y la anticipación es que la práctica del medio probatorio se ejecuta de forma anticipada y se obtiene su resultado en un momento anterior al concretado en la norma que se reserva para ser valorado, en su caso, junto con el resto de resultados que arrojen los medios de prueba que se practiquen en el futuro proceso.

En consecuencia, consideramos que la inclusión de la anticipación probatoria dentro del derecho fundamental a la prueba no debe ser objeto de debate.

Existen escasísimos pronunciamientos respecto de este asunto. De hecho, sólo hemos podido localizar dos autos judiciales que insertan a la prueba anticipada en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

En concreto, el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), de 13 de abril de 2007, AAP CC 205/2007, considera la prueba anticipada una herramienta esencial para posibilitar el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes:

“los artículos 293 a 296 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan la prueba anticipada pretendiendo adecuarla al derecho fundamental de tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24 de la Constitución Española, adquiriendo por tanto esta materia una importancia especial por la repercusión del derecho a utilizar los medios de prueba necesarios para la defensa, y con ello la posibilidad a través de ella de poder justificar las partes los hechos en que apoyan sus respectivas pretensiones”.

En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz de 5 de febrero de 2005, sostiene que el fundamento de la prueba anticipada hay que encontrarlo en la protección del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, al efecto de que los justiciables puedan probar sus alegaciones.

“El fundamento de la prueba anticipada se encuentra en la protección del derecho fundamental a la prueba. Existen determinadas situaciones en las que, ante el peligro de perder la fuente probatoria o deteriorarse los hechos en méritos de los cuales se solicitará, o se está solicitando, una determinada resolución judicial, es necesario anticipar la actividad probatoria antes del juicio o vista e, incluso, a un momento anterior a la presentación de la demanda. En todos los casos, el fundamento último de la prueba anticipada no es otro que el de garantizar la mayor eficacia y

virtualidad del derecho a la prueba, evitando que las partes litigantes no puedan justificar debidamente las razones o hechos en que apoyan sus respectivas pretensiones.”

5.4.2 Posible inclusión del aseguramiento de la prueba en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes

Comprobada, en nuestra opinión, la posible inclusión de la prueba anticipada en el derecho a la prueba, a continuación analizaremos si el aseguramiento de la prueba otorga el mismo poder jurídico a las partes o a los litigantes de promover toda la actividad probatoria necesaria para conseguir la convicción del juzgador.

La claridad de los argumentos que permiten afirmar la inclusión de la prueba anticipada en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, se torna en oscuridad a la hora de analizar la posible inserción del aseguramiento de la prueba por las siguientes razones:

a) En sentido estricto el aseguramiento de la prueba tiene como objeto la protección de las fuentes de prueba, que como hemos comprobado consisten en elementos extrajurídicos que existen en la realidad y que son ajenos al proceso.

b) Los poderes que la norma reguladora del aseguramiento otorga a los interesados o litigantes son impropios a la actividad probatoria *strictu sensu*, puesto que pueden llegar a implicar actuaciones tales como el secuestro de bienes muebles.

Pese a todo ello, coincidimos con GIL VALLEJO en admitir la naturaleza probatoria del aseguramiento de la prueba y consideramos igualmente que el fundamento de este instituto se encuentra en la protección del derecho fundamental a la prueba³⁰.

Es cierto que el aseguramiento de las fuentes probatorias no está contemplado dentro del proceso probatorio y pudiera incluso parecer que es ajeno al mismo, pero esto no es así.

Este instrumento asegurativo fue ideado con el claro fin de garantizar la actividad probatoria en el proceso de forma tal que se obtenga un resultado probatorio concreto con el que el juez pueda válidamente decidir sobre el fondo del asunto.

Igualmente es cierto que el aseguramiento se centra en la protección de las fuentes probatorias y que para obtener ese fin se ejecutan acciones que nada tienen que ver con el procedimiento probatorio, pero tampoco es menos cierto que el fin esencial del aseguramiento de la prueba es proteger una fuente probatoria para que esté disponible al comenzar el procedimiento probatorio y sirva, tras su introducción en el proceso, para que el órgano jurisdiccional adopte una decisión justa sobre la cuestión debatida.

Sin la debida protección de las fuentes de prueba no sería posible desarrollar en condiciones el procedimiento probatorio en el proceso,

³⁰GIL VALLEJO, B. Op. Cit. Págs. 48-49. “La cuestión no resulta pacífica. Por el contrario de lo que ocurre con la prueba anticipada para la que unánimemente se acepta su integración en la definición amplia de prueba, en las medidas de aseguramiento existe controversia al respecto, principalmente por que éstas no consisten en la práctica de la prueba, sino en procurar que ésta se practique en el momento procesal adecuado, y por tanto no implican necesariamente la práctica del medio probatorio que habrá de ser posteriormente, en el momento oportuno, propuesto y practicado. En nuestra opinión, sin embargo, no puede negarse la naturaleza claramente probatoria de estas medidas.”

ni existirían los medios de prueba ni su resultado con lo que se imposibilitaría cualquier actuación jurisdiccional.

5.4.3 Consecuencias de la inclusión de la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba en el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes

Por todas las razones antepuestas, consideramos que debe incluirse tanto a la prueba anticipada como al aseguramiento de la prueba en el derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes.

Sin duda, nos encontramos ante dos herramientas necesarias para cubrir las necesidades probatorias de los particulares con carácter previo al juicio, sin las cuales ni el derecho a la prueba ni el derecho a obtener la tutela judicial efectiva podrían desplegar válidamente sus efectos.

En consecuencia, los órganos jurisdiccionales deberán efectuar una interpretación amplia y flexible, a fin de permitir la efectiva protección de las fuentes y los medios de prueba. La interpretación restrictiva del contenido normativo regulador de la anticipación y el aseguramiento queda pues vedada, y los jueces y tribunales deberán aceptar o procurar la subsanación de los defectos procesales en que puedan incurrir los interesados en su petición o en su ejecución, siempre y cuando no se alteren las normas del procedimiento o se perjudiquen los derechos de los terceros³¹.

³¹ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. (Coord.) *Problemas actuales de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 31. FRANCISCO J. BASTIDA, (Coord.) *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 60.

Y, en fin, la vulneración del derecho a la prueba en su vertiente anticipatoria o asegurativa legitimará al particular para accionar la vía del recurso de amparo, siempre y cuando la no observancia, limitación o violación de tales derechos haya producido indefensión material³², es decir, se haya provocado un perjuicio real al justiciable.

³²MONTERO AROCA, J. Disponible en: tirant.com/actualizaciones/an312.doc. “Vulneración del derecho de defensa de alguna de las partes que, suponiendo siempre infracción de norma o de principio procesal, llega más lejos pues implica vulneración de un derecho fundamental. La indefensión no tiene clases o grados; existe o no existe, y si existe es siempre una infracción de norma procesal y una vulneración de un derecho fundamental. Esta única indefensión debe llevar a la estimación del recurso ordinario y, en su caso, a la estimación del recurso de amparo.” ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Sinopsis artículo 24*. “Respecto de la prohibición de la indefensión, nos encontramos realmente ante una cláusula de cierre, “la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del artículo 24 CE” (STC 48/1984 y SSTC 146/2003, 199/2006 y 28/2010). “Se origina por tanto la indefensión, siguiendo la abundante jurisprudencia constitucional, cuando de forma ilegítima se priva o limita los medios de defensa producida en el seno de un proceso, produciendo en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos. Se daría pues indefensión, como más adelante veremos de forma colateral, cuando se infringe una norma procesal, se priva a una parte o se la limita en sus medios de defensa o ante la falta imputabilidad al justiciable. En parecidas palabras se manifiesta el Tribunal Constitucional al indicar que “viene declarando reiteradamente que, en el contexto del artículo 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24 CE se requiere [...], que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional” (STC 40/2002).” Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>

Esta indefensión material tendrá lugar en el ámbito anticipatorio o asegurativo, si tras la realización del juicio de indefensión³³, el solicitante acredita que:

- i) Solicitó la protección de una fuente o la práctica de un medio de prueba, antes o durante el proceso, en tiempo y forma,
- ii) la fuente probatoria o el medio de prueba era admisible y existía relación entre éstos y los hechos del futuro o actual proceso,
- iii) la inadmisión de dicha petición anticipatoria o asegurativa no estuvo amparada por la aplicación motivada y razonable de una norma legal,
- iv) además, la inadmisión de la petición anticipatoria o asegurativa se produjo por circunstancias exclusivamente imputables al órgano jurisdiccional.
- v) Finalmente el recurrente debería demostrar que esta actuación imputable solamente al juez o tribunal tuvo una repercusión fundamental en el fallo de la sentencia.

En este sentido, el solicitante de la anticipación o el aseguramiento debería acreditar que el medio probatorio que se pretendía practicar o la fuente de prueba que se intentaba asegurar, si hubieran sido introducidos y/o practicados en el proceso, hubieran modificado el contenido del fallo de la sentencia³⁴.

³³DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Comentarios...* Op. Cit. Pág. 50.

³⁴ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimonovena, de 11 de marzo de 2015: “Analizado el contenido del objeto de esta alzada hemos de iniciarlo por la alegación relativa a la decisión del Juzgador de instancia de no admitir la prueba anticipada propuesta en su momento. El Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencia de 18 de diciembre de 2006, que menciona la de 16 de julio de 2001 ha establecido la doctrina relativa a la indefensión motivada por denegación de prueba decisiva en los siguientes términos : a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de

6. Naturaleza jurídica de la anticipación de la prueba y el aseguramiento de la prueba

Para determinar la naturaleza jurídica de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba, es preciso conocer “a qué sector jurídico básico pertenecen en cuanto a figuras de Derecho”³⁵.

En nuestra opinión, la anticipación y el aseguramiento de la prueba son pura actividad probatoria que en su ámbito procedimental se rigen por las normas probatorias especiales contenidas en los artículos 293 a 298 LEC.

proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes. b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento. c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas. d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente. e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas ; y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia , ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo.”

³⁵GUASP. J. y ARAGONESES, P. Op. Cit. Pág. 350. BANACLOCHE PALAO, J. *Las diligencias preliminares*, Thomson-Civitas, Navarra, 2003, pág. 31. “La naturaleza jurídica de las instituciones sirve para conocer a qué familia jurídica pertenecen y, por tanto, qué normas debe aplicárseles en caso de laguna legal.” Traemos a colación la anterior cita, no por considerar que la anticipación o el aseguramiento puedan compartir la naturaleza jurídica de las diligencias preliminares, sino porque considerarnos aplicable la definición general de la naturaleza jurídica que hace el autor al tema de nuestro estudio.

La particularidad de esta actividad probatoria, relacionada directamente con el objeto del proceso, es que se ejecuta necesariamente en un momento distinto al normal señalado en la norma, antes del proceso o de la audiencia previa o de la vista si el proceso ha comenzado, mediante un cauce específico legalmente dispuesto.

Así las cosas, nos encontramos ante cuestiones incidentales especiales que deben tramitarse por sus normas específicas y, subsidiariamente, en todo aquello que no conste regulado, por las reglas generales contenidas en el capítulo V de la LEC que regulan la prueba en los procesos declarativos.

En palabras de MONTERO AROCA, “en sentido estricto cuestión incidental es aquella que, estando en conexión con el objeto del proceso o con el proceso mismo, y siendo en todo caso competencia del juez o tribunal que conoce de la cuestión principal o fondo del asunto, da lugar a un procedimiento y a una resolución propia”³⁶.

³⁶MONTERO AROCA, J. Disponible en: tirant.com/actualizaciones/an312.doc “De este concepto se deduce que: 1.º Puede estar en conexión, bien con el objeto del proceso (con la pretensión en él deducida por el demandante), bien con el proceso mismo (con la relación jurídica procesal), como se desprende del art. 387 de la LEC de 2000, según el cual son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyen el objeto principal del pleito: 1) Guardan relación inmediata con ese objeto del proceso, y 2) Se suscitan respecto de presupuestos y requisitos procesales. 2.º) Ha de dar lugar a un procedimiento y a una resolución propia, pues si no fuera así se estaría simplemente ante una cuestión previa, esto es, ante algo que no pasa de ser un antecedente lógico. 3.º) Ha de ser de la competencia del juez o tribunal que conoce de la cuestión principal, pues si no fuera así se trataría de una cuestión prejudicial.”

De lo anterior se comprende que las principales características de la cuestión incidental podrían quedar resumidas de la siguiente manera:

a) Existencia de un proceso³⁷. “El incidente [y correlativamente la cuestión incidental] surge con ocasión de la existencia de un proceso, que denominamos principal, y se atribuye su conocimiento al mismo tribunal que conoce del asunto principal”³⁸, por tanto, la prueba anticipada y el aseguramiento no tienen sentido ni virtualidad sin la inminente o la presente existencia de un proceso.

b) Accesoriedad respecto del objeto del proceso. La prueba anticipada y el aseguramiento dependen de la existencia de una pretensión que se pretende reclamar o ha sido reclamada ante un órgano jurisdiccional, de forma que el devenir de aquéllas está anudado al del objeto del proceso.

c) Relación directa entre la cuestión incidental y la cuestión principal tal y como se prevé en el inciso 1º del artículo 387 LEC. Es innegable la relación directa que existe entre la prueba anticipada, el aseguramiento de la prueba y la cuestión principal.

En la práctica generalidad de los procesos, la cuestión principal versará en torno al reconocimiento de un derecho cuya existencia deberá demostrarse por medio de unos hechos, o excepcionalmente

³⁷*Ibidem*. “De estos que son los conceptos mínimos que identifican lo que es una cuestión incidental y un incidente, puede ya concluirse algo elemental: Las cuestiones incidentales y los incidentes surgen siempre partiendo de la existencia de un proceso pendiente, de modo que ni una ni otro pueden tener sustantividad propia, pues no pueden existir de modo independiente. Si un proceso ha terminado ya porque en él se ha dictado sentencia firme o resolución que le pone fin, no cabe que pueda suscitarse cuestión incidental alguna que dé lugar a un verdadero incidente. Si no existe lo principal, no puede existir lo incidental.”

³⁸GIMENO SENDRA, V. *Procesal Civil Práctico*, Tomo V, la Ley, Madrid, pág. 5.

por medio de normas jurídicas, que deberán ser objeto de alegación y de prueba para convencer al órgano jurisdiccional sobre su existencia.

d) Pronunciamiento del juez o tribunal. La cuestión incidental deberá ser resuelta por medio de una resolución judicial. La respuesta jurisdiccional en el caso de la prueba anticipada y del aseguramiento adoptará, generalmente, la forma de providencia.

La cuestión incidental anteriormente tratada no debe confundirse con el incidente que según MONTERO AROCA “no es más que el procedimiento por el que se conoce de la cuestión incidental o, si se prefiere, el conjunto de normas que regulan el modo de plantear, de tramitar y de resolver la cuestión incidental.”³⁹

Como hemos anunciado anteriormente, tanto la prueba anticipada como el aseguramiento son cuestiones incidentales que deben ventilarse por los trámites incidentales marcados en los artículos 293 a 298 LEC. Este procedimiento será objeto de un profundo análisis en los capítulos quinto y sexto del presente trabajo.

Subsidiariamente, para rellenar aquellas lagunas jurídicas que pudieran existir en relación con el desarrollo del incidente anticipatorio o asegurativo habrá que acudir a las normas reguladoras del procedimiento probatorio general.

³⁹*Ibidem*. Pág. 4. “Esta ubicación permite calificar a los incidentes como un procedimiento previsto en la Ley para el conocimiento y la resolución de las cuestiones incidentales, que pueden surgir en un proceso principal, y que guardan tal relación con éste que el tribunal debe resolverlas en el curso del proceso principal como antecedente lógico y necesario de la resolución de dicho proceso.”

Finalmente, con carácter infinitamente subsidiario, podrían llegar a resultar de aplicación las normas generales de los incidentes contenidas en el artículo 387 y siguientes LEC.

El acomodo de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba en el marco de los incidentes especiales, extramuros de la regulación general recogida en los artículos anteriormente mencionados, es del todo punto lógico, pues su inclusión en este último régimen -que prevé incluso la audiencia de la parte contraria y la celebración de una vista- provocaría retrasos que afectarían de forma notable a estas figuras caracterizadas eminentemente por la urgencia.

CAPÍTULO SEGUNDO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. Introducción

Para comprender las normas reguladoras de la prueba anticipada y su aseguramiento, es conveniente realizar un estudio de la historia interna y externa del Derecho español, al efecto de entender qué fuentes y qué acontecimientos han configurado sus aspectos esenciales.

Comenzaremos nuestro estudio histórico con el Derecho romano⁴⁰, “que ofrece la característica simpar de una prolongada y amplísima vigencia”⁴¹. Además, este Derecho repercutió de forma decisiva en la formación del Derecho visigodo el cual a su vez fue utilizado, tras su correspondiente traducción, durante la reconquista. Seguiremos el estudio analizando las diferentes compilaciones proclamadas desde el siglo XV hasta el siglo XVII y finalizaremos el presente capítulo examinando los diferentes textos legales promulgados tras la codificación hasta nuestros días.

⁴⁰DE HINOJOSA, E. *Historia del Derecho romano: según las más recientes investigaciones*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, pág. 2. “La importancia y utilidad del estudio del Derecho romano, se comprenderán desde luego con sólo considerar que su conocimiento es no sólo necesario, sino indispensable para la perfecta inteligencia de nuestra legislación civil.”

⁴¹MARTÍN, I. *El estudio del Derecho romano actual*. Universidad de Murcia, 1994, pág.147. Disponible en: <http://digitum.um.es/jspui/bitstream/6314/1/ElEstudiodelDerechoRomanoActual.pdf>.

2. Derecho Romano

2.1. Breve referencia a su evolución histórica

“El recurso a la autoridad para hacer consagrar un Derecho mudó según las necesidades de los romanos en cada época.”⁴² Cuando Roma estaba constituida por un conjunto de tribus y sus límites se circunscribían a la península itálica, los procesos eran meros rituales de palabras y hechos donde sólo podían participar los ciudadanos romanos; en ellos predominaba la oralidad ante la escritura, la forma frente a la verdad, y la decisión del *iudex* no podía ser impugnada.

En los albores del Derecho romano el proceso se denominaba *legis actiones*⁴³ y englobaba cuatro procedimientos diferentes, dos de carácter declarativo y dos ejecutivos: *per sacramentum*, *per iudices arbitrive postulationem*, *per manus iniectionem* y *per pignoris captionem*.

La expansión del imperio no solo trajo consigo la gloria y el aumento de las riquezas, sino que también provocó el aumento de las relaciones comerciales con terceros no romanos y el incremento de los conflictos legales con ellos. Para superar el excesivo rigorismo de las *legis actiones* y el impedimento que suponía que este proceso estuviera reservado a los ciudadanos romanos, se reguló el procedimiento formulario⁴⁴ (*ordo iudiciorum privatorum*).

⁴²PETIT, E. *Tratado elemental del Derecho romano*. Trad. D. José Ferrandez Gonzales, Editorial Porrúa, México, 2007, pág. 611.

⁴³SILVA SÁNCHEZ, A. “En torno al *ordo iudiciorum privatorum*.” *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 12-13, 1994-1995, pág. 48. “Las *legis actiones* consistirían en procedimientos, compuestos de palabras y de hechos rigurosamente determinados que debían realizarse ante el magistrado y en los que predominaba la oralidad durante el procedimiento.”

⁴⁴*Ibidem*. Op. Cit. Pág. 498. PETIT, E. Op. Cit. Pág. 625. “El pretor peregrino encargado especialmente de esta jurisdicción, habría imaginado resumir

Este procedimiento formulario al igual que las *legis actiones* estaba dividido en dos fases administradas por dos categorías de personas, el magistrado y el *iudex*, que podía ser permanente o ser designado por las partes⁴⁵. Finalmente, durante el reinado del emperador Diocleciano, el procedimiento formulario fue sustituido por el procedimiento extraordinario (*cognitio extra ordinem*) caracterizado por la oralidad, la agilidad y la única instancia celebrada ante el magistrado.

2.2. Estado de la prueba en la época prejustiniana

De acuerdo con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, antes de la promulgación del *Corpus Iuris Civilis* ninguna ley, senadoconsulto o constitución imperial reguló la prueba de forma global⁴⁶. Por tanto, siguiendo al citado autor se puede afirmar que ni en las XII Tablas, ni en las recopilaciones de los edictos de pretores que culminaron con la promulgación del edicto perpetuo ni, por último, en los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, que se ocuparon de

brevemente en un escrito o formula los hechos a comprobar para la solución del litigio, y confiar esta comprobación a los recuperadores, dándoles el poder de absolver o condenar al demandado.”

⁴⁵RIPOLL Y VILLAMAJÓ, J. *Manual de legislación romana*, Imprenta de D. José Vázquez, Madrid, 1838, pág. 262. “¿En qué se diferenciaban antiguamente el magistrado y el juez? En que aquél era una persona pública constituida por votación del pueblo: éste era persona privada a quien el magistrado encargaba el conocimiento del hecho y daba cierta formula a la que arreglaba la sentencia.”

⁴⁶FERNÁNDEZ DE BUJÁN. A. “Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana.”, núm. 50, julio-agosto 2013. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/126-hemeroteca/revistas/revista-13/2461-testigos-y-documentos-en-la-practica-negocial-y-judicial-romana-0-6726056231861987>.

compilar las constituciones imperiales⁴⁷, se dio a la prueba un tratamiento específico y completo⁴⁸.

2.3. Estado de la prueba tras la Compilación Justiniana

La promulgación *Corpus Iuris Civilis* no supuso una revolución en materia probatoria. La prueba quedó regulada en el Digesto y las novedades más reseñables fueron la preferencia de los documentos frente a los testigos⁴⁹ y la equiparación del valor de la escritura y la palabra. En efecto, en el Digesto, sólo los títulos 3, 4, 5 del libro 22 se refirieron a la prueba⁵⁰.

⁴⁷Vid. MUÑOZ MALDONADO, J. *Elementos de la historia del Derecho romano*, Imprenta D. L. Amarita, Madrid, 1827, pág. 221. Para profundizar sobre la historia jurídica y política de Roma hasta Justiniano, Vid. ARHENS, E. *Compendio de la historia del Derecho romano*, Trad. Giner, F. De Azcarate, G y De Linares, A. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1879, pág. 23. DE HINOJOSA, E. Op. Cit. Pág. 179.

⁴⁸FERNÁNDEZ DE BUJÁN. A. “Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana” Op. Cit. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/126-hemeroteca/revistas/revista-13/2461-testigos-y-documentos-en-la-practica-negocial-y-judicial-romana-0-6726056231861987>. “... la prueba originaria por excelencia habría sido la deposición de testigos, los cuales, por otra parte, en el tráfico jurídico negocial habrían cumplido, en un momento anterior, el papel de elemento esencial o requisito de forma de determinados negocios verbales como el testamento oral “*nuncupatio*” o la “*mancipatio*” o negocios escritos, como el testamento pretorio y de ahí su consideración de testigos instrumentales. De esta primitiva configuración de los testigos como instrumentales o esenciales para el negocio oral o escrito, se habría pasado a la consideración de los testigos incorporados al documento, no como requisito “*ad substantiam*”, sino como elemento de ayuda para la prueba del negocio documentado, tanto en juicio, como en el marco del tráfico jurídico extraprocesal, si bien en la práctica lo frecuente fue, cada vez en mayor número de casos, que los propios testigos instrumentales actuasen como testigos probatorios en juicio, tanto para acreditar la veracidad del documento en sí, como la del acto incorporado al mismo”.

⁴⁹GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho civil romano*, Digesto, Tomo II, Barcelona, 1892, pág. 97. “MARCELO afirmó: el Senado estableció que el censo y los documentos públicos tienen más fuerza que los testigos.”

⁵⁰FERNÁNDEZ DE BUJÁN. A. “Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana” Op. Cit. Disponible en:

En concreto, los citados títulos regularon la carga de la prueba, la fe de los instrumentos probatorios y la prueba de los testigos.

El título tercero⁵¹ hacía referencia a la carga de la prueba, que incumbía a quien afirmaba la acción salvo que la defensa se basara en una excepción⁵², en cuyo caso el demandado se convertía en actor.

El título cuarto, de escasa extensión, hacía referencia a los instrumentos probatorios en general, regulando su contenido y sus requisitos. Por último, el título quinto regulaba particularmente la prueba testifical, determinando sus condiciones y sus cualidades al efecto de poder ser valorados en el juicio.

En los apartados 3º y 4º del título quinto, la ley se refería individualmente a los testimonios recogidos por escrito con anterioridad a la fase probatoria, negando su valor a los efectos legales en aquellos casos en los que el testigo no participaba en la causa⁵³.

3. Los visigodos en España

<http://www.elnotario.es/index.php/126-hemeroteca/revistas/revista-13/2461-testigos-y-documentos-en-la-practica-negocial-y-judicial-romana-0-6726056231861987>.

⁵¹Todo el título tercero del Digesto se dedica, después de establecer la carga de la prueba, a exponer aquellos supuestos en los que el actor debía probar su pretensión.

⁵²GARCÍA DEL CORRAL, I. Op. Cit. Págs. 96 y 98.

⁵³*Ibidem*. Pág. 104. §3 “El divino Adriano respondió ... porque no los probaba ni producía testigos sino que quería valerse de testimonios para los que ante mí no hay lugar” §4 “Una es la autoridad de los testigos que están presentes, y otra los testimonios que se suelen recitar; delibera pues conmigo mismo, para que si quisieras detenerlos, les pagues las costas.”

Con la caída del imperio romano de occidente en el siglo V y el de oriente varios siglos después el avance del Derecho quedó frenado, “comenzando un nuevo período de disgregación y particularismo jurídico como consecuencia necesaria de la influencia progresiva de los pueblos bárbaros”⁵⁴.

Entre los pueblos bárbaros dominadores de Europa central encontramos a los visigodos, pueblo de origen germano que ayudó activamente al imperio romano a proteger sus fronteras a cambio, entre otras cosas, de prebendas territoriales.

El Derecho visigótico se caracterizó por su dispersión jurídica y su inicial convivencia con el Derecho romano. Las leyes visigóticas⁵⁵ se dictaban con el objetivo primordial de regular la distribución de las tierras que se iban adquiriendo como consecuencia del sometimiento de las restantes tribus que habitaban en la península.

La dispersión jurídica fue gradualmente cambiando durante los reinados de Eurico y Alarico. El *Codex Euricianus* recopiló el Derecho visigótico en una sola obra, mientras que el *Breviarium Alaricianum*, compiló todas las leyes romanas de aplicación a los habitantes romanos de la península.

Este sistema legislativo dual cambió en el año 654, durante el reinado de Chindasvinto, a raíz de la promulgación del *Liber Iudiciorum*. Este

⁵⁴CORTÉS DIÉGUEZ, M. y SAN JOSÉ PRISCO, J. (Coord.) *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*. Bibliotheca Salmanticensis, Salamanca, 2005, pág. 10.

⁵⁵Edicto de Teodorico, Código de Eurico o el Breviario de Alarico.

texto reunió todo el Derecho visigodo, erradicando la dispersión jurídica existente y derogando el Derecho romano⁵⁶.

Esta normativa visigótica sobrevivió a la invasión árabe de la península, y tras su traducción al romance durante el reinado de Fernando III el Santo, se denominó Fuero Juzgo como tendremos oportunidad de profundizar más adelante en el apartado quinto.

4. El renacimiento del Derecho romano: el *Ius Commune*

Como hemos expuesto en el apartado anterior, tras la caída del imperio romano las diferentes tribus germánicas fueron asentándose en toda Europa, trayendo consigo un Derecho consuetudinario y localista que se apoyó en el Derecho romano para mantener el orden y organizar la administración.

Sin embargo, “la dominación bárbara en occidente no sofocó por completo ni la aplicación ni el cultivo del Derecho romano”⁵⁷. Carlomagno y Otón I, reyes de la dinastía merovingia, dominadores de Europa central en los siglos IX y X, intentaron hacer renacer este Derecho pero su muerte y las consiguientes luchas internas lo impidieron.

El definitivo renacimiento del Derecho romano culminó en el siglo XI. “Al madurar en la Edad Media un conjunto de causas económicas, políticas e históricas exigieron nuevos moldes jurídicos, se volvió la

⁵⁶El *Liber Iudiciorum* reguló una pena de treinta libras de oro para quien alegara el Derecho romano en un juicio con la única excepción de “allegar las otras leyes que fueron antes fechas non para destruir estas nuestras, más para afirmar los pleytos que son pasados por ellas.” (Libro II, tít. I, IX).

⁵⁷MARTÍN, I. Op. Cit. Pág.149.

atención a la obra justiniana”⁵⁸ comenzando su estudio en la universidad de Bolonia, primero por los glosadores y posteriormente por los comentaristas.

Mas no fue el Derecho romano el único ordenamiento jurídico que mereció ser objeto de estudio. “En el año 1100, la sociedad europea se concebía a sí misma como Imperio y como cristiandad que conformaban un cuerpo orgánico y unitario”⁵⁹ necesitado de un “único ordenamiento jurídico, un único Derecho civil y un solo Derecho canónico”⁶⁰, sentándose así las bases del *utrumque ius*, posteriormente denominado *ius commune*.

Surgieron así los decretistas iniciadores del estudio del Derecho canónico antiguo compilado en el Decreto de Graciano. Con posterioridad, los decretalistas ampliaron sus estudios a otras obras tan significativas como las *Decretales* de Gregorio IX, el *Liber Sextus*, las Clementinas o las Extravagantes de Juan XXII, cuya sistematización daría lugar al *Corpus Iuris Canonici* en el año 1582.

Como hemos tenido oportunidad de comprobar en el epígrafe segundo anterior, la regulación de la prueba en el *Corpus Iuris Civilis* era escasa y se repartía sólo en tres títulos. En ninguno de ellos hemos encontrado referencia alguna a la prueba anticipada o al aseguramiento de la prueba.

Sin embargo, en el *Corpus Iuris Canonici* sí constan referencias expresas a la prueba anticipada demostrando el afán que caracteriza al legislador eclesiástico de poner en claro la verdad. En efecto, el

⁵⁸DE DIEGO, F.C. *Introducción al estudio de las instituciones de Derecho romano*, Est. Tip. de la Viuda e Hijos de Tello, Madrid, 1900, pág. 220.

⁵⁹CORTÉS DIÉGUEZ, M. y SAN JOSÉ PRISCO, J. (Coord.) *Op. Cit.* Pág. 21.

⁶⁰*Ibidem.* Pág. 21.

capítulo quinto del libro sexto de las Decretales de Gregorio IX, dispone:

“Ad perpetuam rei memoriam, vel quum agitur per viam inquisitionis, possunt testes sine litis contestatione recipi et etiam publicari. H. d. us que ad. In aliis vero.”

La norma permitía tomar declaración *ad perpetuam rei memoriam* con anterioridad a la litiscontestación⁶¹ a aquel testigo enfermo o a aquella persona relevante para el proceso que estaba próxima a ausentarse durante mucho tiempo a fin de no perder la acción, siempre y cuando concurriera causa justa para proceder en tal sentido.

5. Las compilaciones y la recepción del Ius Commune

5.1. Las Compilaciones, en general

Como consecuencia del inexorable avance de la reconquista y la ocupación de nuevas tierras, los sucesivos monarcas que reinaron durante los siglos VII al XV tuvieron la necesidad constante de hacer frente a situaciones de dispersión normativa y de heterogeneidad de Derechos.

⁶¹MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, L., ALONSO MORÁN, S. *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1957, pág. 506.

El avance lento pero constante de la reconquista produjo la formación de núcleos de población tan distantes y aislados unos de otros, que cada uno se regía por sus propios fueros municipales⁶².

Estos fueros se componían, entre otros, de las costumbres preexistentes adquiridas de los pueblos germanos o de los árabes, de las cartas pueblas y de los privilegios señoriales. En Castilla junto a las anteriores fuentes normativas resultaban de aplicación las *fazañas*, conjunto de principios consuetudinarios creados por los tribunales populares a partir de sus decisiones promulgadas ante el concejo.

“Esta heterogeneidad de fuentes normativas produjo la necesidad de renovar y unificar el Derecho para su uso en todos los reinos”⁶³. La herramienta utilizada por los sucesivos monarcas para la reorganización del Derecho fueron las compilaciones, tal y como lo describe la Real Cédula sobre la formación y autoridad de la Novísima Recopilación de Leyes de España:

“En todos tiempos ha sido la legislación digno objeto de los Reyes de España, como necesaria para el buen gobierno de sus Reynos y recta administración de justicia, de que dependen la conservación y aumento de las Monarquías. Mi glorioso predecesor el Santo Rey Don Fernando, reconociendo la urgente necesidad de reducir á un sistema universal de leyes todos los pueblos sujetos á las dos Coronas de Castilla y León, y de remediar el desorden que era consiguiente á la

⁶²Vid. GARCÍA GALLO, A. “Aportación al estudio de los fueros.” *Anuario del Estudio de Derecho Español*, núm. 26, 1956, págs. 387-446. PEREZ MARTÍN, A. “Los fueros extensos y el Derecho común.” *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 15, 1997, págs. 75-85.

⁶³MARTÍ MINGARRO, L. Prólogo en *Las Siete Partidas*, Editorial Reus, S.A. Madrid, 2004, pág. 9.

multitud de fueros particulares y privativos por que se regían, concedidos con motivo de su población y conquista en aquellos primeros siglos de la restauración de España, premeditó con sabia política la formación de un Código general; aunque no tuvo efecto en sus días, quedando reservada esta empresa á su hijo y sucesor Don Alfonso Llamado el Sábio. Deseando este Monarca cumplir los encargos que le hizo su padre en materia tan importante, publicó primeramente en el año de 1255 el Fuero Real y Fuero de las leyes, y en el siguiente dió principio á la célebre obra de Las Siete Partidas, que concluyó en el de 1263. En la era de 1386 (año de 1348) su biznieto D. Alfonso XI formó y publicó el famoso Ordenamiento de leyes llamado de Alcalá; y después de haber corregido y publicado el código de Las Siete Partidas, fixó el órden gradual de autoridad que hablan de tener unas y otras leyes, y las de los Fueros Real y Municipales. La dispersión de muchas leyes que sucesivamente se fueron promulgando, según lo pedían la variedad de los tiempos y circunstancias, ocasionó daños y perjuicios al Reyno, que trataron de evitar D. Juan II y D. Henrique IV, mandando formar de todas las útiles una colección que no se verificó; continuando el desórden con mayor exceso por las que se publicaron en los años siguientes hasta el de 1537, en que D. Carlos I. cometió su compilación al Licenciado Pedro Lopez de Alcocer , en cuyo encargo le sucedieron los Doctores Guevara y Escudero, y los Licenciados Pedro Lopez de Arrieta y Bartolomé de Atienza, estos últimos del Consejo Real.”

Los nuevos monarcas españoles “acogen así el espíritu de Justiniano y se consideran herederos y continuadores de los grandes

emperadores asentando sus reinos sobre dos pilares básicos, las armas y las leyes”⁶⁴.

Así, los reinos conquistadores adoptan el modo recopilador de los romanos, consistente en la reunión en códigos de las leyes, los fueros o los decretos aprobados en un período más o menos largo de tiempo. A diferencia de aquéllos, la práctica compiladora se limitó a reunir los diferentes textos legales promulgados durante décadas sin actualizarlos ni adaptarlos, obteniendo como resultado, en muchos casos, “códigos voluminosos, caóticos e inútiles”⁶⁵ que no conseguían la tan deseada unificación legislativa.

5.2. Compilaciones promulgadas durante la reconquista

5.2.1. El Fuero Juzgo o *Liber iudiciorum*

⁶⁴MARTÍN, I. “Los principios orientadores de la compilación justiniana.” *Anales de la Universidad de Murcia*. Universidad de Murcia. Cuarto Trimestre, 1945, pág. 401. “En efecto, cada una de estas cosas necesitó siempre el auxilio de la otra y así como la milicia ha sido enteramente ordenada por las leyes así también las mismas leyes han sido guardadas con el apoyo de las armas.”

⁶⁵MARTÍNEZ MARINA, F. *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Tomo II, Atlas, Madrid, 1968, págs. 355-480. “Este sistema, si así puede llamarse, dimanó y tuvo su nacimiento de dos principios: primero, de la decadencia en que se hallaba el estudio de los Derechos. La nación española, que había hecho rápidos progresos en algunos ramos científicos, nada pudo adelantar, antes retrogradó en los de la jurisprudencia y buena filosofía, tanto que llegó a desconocer el peculiar mérito del Código de las Partidas, y en lugar de seguirlo que en ellas es tan digno de admiración, su bello sistema y admirable método, en lo cual acaso se aventaja a todos los modernos Códigos de Europa, adoptaron el sistema de las primeras y más antiguas compilaciones, las cuales se hicieron sucesivamente y por agregación, y poco más o menos, del mismo modo que se fueron construyendo las primeras poblaciones. Buscar un plan, orden y método en esta aglomeración de leyes, en el inmenso cúmulo de providencias antiguas y modernas, tan varias e inconexas, sería lo mismo que buscar un sistema de arquitectura en las chozas de un villorio.”

En 1242, durante el reinado de Fernando III el Santo, se tradujo al castellano el *Liber Iudiciorum*⁶⁶ “cuya necesidad de estudio para comprender el Fuero Juzgo hizo que se tratase de él en las escuelas, en los tribunales y en las obras legislativas”⁶⁷.

El Fuero Juzgo no regulaba la posibilidad de plantear la prueba anticipada o su aseguramiento. La norma general establecía de forma clara que en los pleitos “las partes dieran sus pesquisas y sus pruebas y el juez decidiera sobre qué prueba era mejor” (Libro II, Título II, VI).

En consecuencia, las pruebas debían realizarse en el seno de un pleito ya comenzado, y las mismas debían oírse ante el juez designado o elegido por las partes, sin que existiera la posibilidad de practicarlas antes del término fijado para ello.

La única excepción a la regla general anteriormente citada la encontramos en el Libro II, Título IV, que permitía al juez, a petición de una de las partes, “enviar a un escribano a la tierra del uno daquel que es meior, a fin de que el testigo de avanzada edad o enfermo o próximo a viajar dijera la verdad ante quien hubiese mandado el juez.”

5.2.2. Las Siete Partidas: absorción del Ius Commune

⁶⁶Vid. Punto 3 anterior.

⁶⁷MACKELDEY, F. *Elementos de derecho romano*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, pág. 56.

Las Siete Partidas están impregnadas de fuentes romanas y canónicas⁶⁸ absorbidas del *ius commune*, que por entonces ya se estudiaba en todas las universidades de Europa. PEREZ MARTÍN considera que “para la elaboración de Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio se utilizaron con gran profusión obras de Derecho romano”⁶⁹. De igual manera MARTÍNEZ MARCOS afirma “que las Partidas dieron amplia cabida en sus esquemas legislativos a normas y doctrina jurídica de procedencia canónica”⁷⁰.

Por su parte, MARTÍN-RETORTILLO afirma que “no puede olvidarse que es fundamentalmente por el proceso por donde se realiza el fenómeno de la recepción, y finaliza afirmando que esta innovación es en la tercera partida donde más se manifestó”⁷¹.

Es por ello que en Tercera Partida sí encontramos referencias directas a la prueba anticipada del interrogatorio de partes, denominado entonces *conociencias*, y del interrogatorio de los testigos.

La Tercera Partida está dedicada a la Justicia, “que es aquello que se debe hacer ordenadamente por sexo e por sabiduría, demandando e defendiendo cada uno en juicio lo que cree que sea su derecho ante

⁶⁸DE HINOJOSA, E. Op. Cit. Pág. 3. “El inmortal Código de las Siete Partidas es en muchos puntos una mera traducción de las leyes romanas.”

⁶⁹PEREZ MARTÍN, A. “Fuentes romanas en las Partidas.” *Revista de Historia del Derecho Europeo*, Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia, 1992, pág. 215.

⁷⁰MARTÍNEZ MARCOS. E. “Fuentes de la doctrina canónica de la IV Partida del Código del Rey Alfonso El Sabio.” *Revista de Historia del Derecho Europeo*, Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia, 1992, pág. 897.

⁷¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. “Notas para un estudio de la prueba en la tercera partida” Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2110792.pdf

los grandes señores sobredichos o los oficiales que han de juzgar por ellos.”

Las *conociencias* se encontraban reguladas en la ley 1^a, Título XIII. La ley permitía expresamente a cada parte formular preguntas a la contraria en cualquier momento antes de la apertura de la fase probatoria⁷².

El contenido de estas preguntas no era ilimitado, sino que debía referirse únicamente a cuestiones que pudieran obstaculizar el normal devenir del procedimiento o “que son de tal naturaleza que si el demandador no las ficiere en aquel tiempo e otrosí el demandado non respondiese a ellas que non podrían después ir adelante el pleito” (Ley 1^a, título 10, Partida 3^a).

Por su parte, en la Ley 2,^a título XVI, referida a la prueba de los testigos, se hacía referencia expresa a la posibilidad de practicar dicho medio probatorio con anterioridad al comienzo del juicio, siempre y cuando se estimara que el retraso en el inicio del procedimiento provocaría la pérdida del derecho para el demandante o para el demandado⁷³.

⁷² Ley 1^a Título XIII “que son de tal naturaleza que el demandador no las ficiere en aquel tiempo y otrosí el demandando non respondiese a ellas que non podrían después ir adelante el pleito ciertamente.”

⁷³ Ley 2^a título XVI “Los testigos no deben ser antes recibidos que el pleito sea comenzado por demanda e por respuesta, salvo sobre las cosas señaladas que son de tal naturaleza, que si antes no se recibiesen, podría ser que perdería el demandante o el demandado su derecho.”

En la petición el solicitante debía exponer los argumentos necesarios para acreditar la posible pérdida del derecho, como consecuencia de algunas de las circunstancias tasadas recogidas en la ley⁷⁴.

Una vez que el juez valoraba los fundamentos de la petición y admitía su práctica anticipada, debía comunicárselo a aquél contra quien recibiese los testigos para que estuviera presente cuando jurasen los testigos.

La presencia del demandado no era fundamental para la práctica de la prueba, ya que la misma se realizaba por escrito ante “hombres buenos” y el documento se mantenía sellado y cerrado el tiempo que fuera menester.

En caso de que se admitiera la práctica anticipada de este medio probatorio “no estando en la tierra el demandado”, se le concedía un plazo de un año a fin de que se instruyese sobre el resultado de la misma.

5.2.3. El Ordenamiento de Alcalá

El biznieto del Alfonso X El Sabio, Alfonso XI, promulgó el Ordenamiento de Alcalá, con motivo de las Cortes celebradas en Alcalá de Henares en el año 1348.

Esta compilación modificó mínimamente Las Siete Partidas “debido a que cuando el Rey Don Alfonso dice que mandó concertar y enmendar las leyes en algunas cosas que cumplían, no se ha de entender que

⁷⁴*Ibidem*. “Cuando los testigos, por quien hubiesen de probar su intención, fuesen viejos o enfermos, de manera que temiesen que se moriría antes de que dijese su testimonio, o si por ventura los testigos que fuesen aparejados para ir a hueste o en romería, o en otro lugar donde hubiesen a hacer gran tardanza, de guisa que fuesen en deuda de su tornada.”

hizo en el texto de las Partidas notables alteraciones, porque habiéndose tenido presentes para esta edición códigos de diversos tiempos, algunos de los cuales son conocidamente anteriores al mismo Rey Don Alonso XI, no se ha advertido entre ellos diferencia en cosa substancia”⁷⁵.

5.3. Compilaciones realizadas con posterioridad a la reconquista

5.3.1. La Nueva Recopilación: “La recopilación de las leyes de estos reynos”

Hubo que esperar más de dos siglos para que se acometiera una nueva recopilación de leyes, que llegó de la mano de los reyes católicos, si bien sería su hijo Felipe II quien la concluyera en el año 1567.

Esta nueva recopilación, denominada “La recopilación de las leyes de estos reynos”, se compone de nueve libros, de los cuales el Libro Cuarto es el que se refiere a la jurisdicción, sin que en el mismo se disponga la posibilidad de practicar la prueba de forma anticipada.

5.3.2. La Novísima Recopilación

Antes de la codificación, en el año 1806, se realizó el último proceso recopilatorio que culminó con la Novísima Recopilación, en la que al igual que la anterior no hace referencia alguna a la práctica anticipada de la prueba⁷⁶.

⁷⁵DE LLAMAS Y MOLINA, S. *Disertación histórico-crítica sobre la edición de las Partidas del rey don Alfonso el Sabio que publicó la Real Academia de la Historia en el año de 1807*, Imprenta de Repullés, Madrid, 1820, pág. 4.

⁷⁶Tomó V, Títulos del IX al XII.

Pese al tiempo transcurrido y a la promulgación de tres compilaciones con posterioridad a la proclamación de Las Siete Partidas, ninguna de ellas la derogó ni expresa ni tácitamente por lo que seguía vigente a principios del siglo XIX. Las Siete Partidas eran consideradas entonces como una fuente normativa más en tanto en cuanto no entrara en contradicción con la costumbre o el contenido de algún fuero legal y “constituían la base fundamental del derecho español; y, aunque desvirtuada en mucha parte por la mudanza de las costumbres y el transcurso de los tiempos, la obra inmortal de D. Alfonso el Sabio, monumento de gloria para la España del siglo XIII, seguía mereciendo en los Tribunales y el Foro, al comenzar el siglo pasado, como lo merecen hoy día a pesar de los radicales trastornos del presente la admiración y respeto de todos”⁷⁷.

Prueba de dicha afirmación y de la posibilidad de solicitar la anticipación probatoria en el siglo XIX, comprobamos a continuación como existen innumerables referencias en las obras de nuestros antiguos tratadistas a la prueba anticipada:

CONDE DE LA CAÑADA⁷⁸, al tratar las *conociencias* señaló que existían dos momentos en los que el demandado podía confesar la existencia de la acción reclamada: de forma preliminar a la interposición de la demanda o al contestarla.

En el primer caso, el demandante interpelaba al juez para que preguntara al demandado acerca de la acción planteada. Si el demandado admitía la existencia de la deuda o la obligación

⁷⁷ANTEQUERA, J.M. *La codificación moderna en España, Imprenta de la revista de legislación*, Madrid, 1886, Pág. 1.

⁷⁸CONDE DE LA CAÑADA. *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, T.I., Madrid, 1792, pág. 42.

reclamada, el juez dictaba un “precepto” o mandamiento de pago, que sin ser una sentencia debía ser cumplido en plazo por el demandado.

En el segundo caso, el demandado podía reconocer la existencia de la acción en la propia contestación o al contestar a las posiciones del demandante, ya dentro del periodo normal establecido para las probanzas.

En el mismo sentido, GÓMEZ Y NEGRO, recogiendo la opinión de FEBRERO, afirmó en relación con la confesión de las partes, que al tratarse de un medio de prueba tan expedito y ventajoso pueden las partes pedirse mutuamente confesión en cualquiera estado del pleito con tal que no estuviera sentenciado⁷⁹.

DE TAPIA⁸⁰ admitió la posibilidad de practicar el interrogatorio de los testigos antes de la contestación a la demanda en casos muy determinados.

Exponía como ejemplos la existencia de un convenio suscrito entre las partes o la existencia de un riesgo de ocultación o de destrucción del bien pretendido (Ley 8ª, títulos 10 y 16 de la Partida 3ª).

Asimismo, consideraba dicho autor que era posible la presentación de instrumentos de prueba o la declaración de testigos antes del momento legalmente previsto, en aquellos pleitos en los que se discutía la prodigalidad del marido o la desheredación injusta.

⁷⁹GÓMEZ Y NEGRO, L. *Elementos de práctica forense*, Imprenta Don Mariano Santander, Valladolid, 1827, pág. 109.

⁸⁰DE TAPIA, E. *Manual de Práctica Forense*, Imprenta de Ildefonso Monpie, Valencia, 1828, págs. 68-69.

DE VICENTE Y CARAVANTES⁸¹, al tratar del actor, opinaba que había un caso concreto en el que una persona estaba obligada a presentar una demanda, a pesar de no tener la intención de hacerlo. El actor debía interponer la demanda cuando conocía la intención de un tercero de iniciar un procedimiento en su contra, pero una vez muerto el testigo que podía contrariar el buen fin del pleito.

En ese caso, la ley permitía deducir la acción y recoger la declaración anticipada a dicho testigo para salvaguardarse de futuros perjuicios (Ley 2ª, Título 16, Partida 3ª).

Asimismo, dicho autor afirmó que entre las actuaciones que podía realizar el actor antes de entablar la demanda estaba la de interesar el testimonio de testigos, cuya pronta muerte se temía o que iba a ausentarse, en cuyo caso se podía pedir su examen con citación de la parte contraria “á no que se hallase ausente”⁸².

En el caso de que el testigo que tuviera que ratificar su declaración hubiera muerto o se desconociese su paradero, se debía proceder al abono del testigo. Para ello se citaba a dos personas para que dieran fe de la honradez y probidad del testigo fallecido y verificaran su firma y letra en la declaración prestada⁸³.

6. La codificación

6.1. Introducción

⁸¹DE VICENTE Y CARAVANTES, J. *Nuevo manual de práctica forense*, Imprenta F. Vallés, Barcelona, 1835, pág. 20.

⁸²*Ibidem*. Op. Cit. Pág. 93.

⁸³RODRÍGUEZ, J.M. *Curso elemental completo de práctica forense*, Imprenta de F. Álvarez y Cia., Sevilla, 1848, pág. 258.

Como consecuencia de la codificación surgida en Francia en el siglo XIX, que se extendió rápidamente a toda Europa y a la que España no fue ajena, se produjo en nuestro país un fenómeno recopilatorio en todos los ámbitos del Derecho, recogiendo a continuación el que se produjo concretamente en el Derecho Procesal.

En palabras de ESCUDERO, “la codificación se caracterizó por romper la actividad recopiladora o reformadora que hasta entonces había guiado a la labor jurídica, y pasó a ser una regulación sistemática de una determinada rama del Derecho, de acuerdo con los principios que sus redactores estiman oportuno, en un libro ordenado en capítulos y artículos, entre sí relacionados e independientes”⁸⁴.

Estos nuevos aires codificadores procedentes de Francia trajeron consigo un cambio notable en la legislación española pero sólo en cuanto a la forma.

Al igual que sucedió con las compilaciones, las leyes de enjuiciamiento que fueron sucediéndose durante el siglo XIX quedaban siempre por detrás de la realidad que pretendían regular como consecuencia de su “inmovilismo y del amor ciego a las antiguas leyes y odio injustamente concebido contra las novedades”⁸⁵.

⁸⁴ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Gráficas Solana, Madrid, 1985, pág. 901.

⁸⁵MARTÍNEZ MARINA, F. Op. Cit. Pág. 16 “...el pueblo, en todos los países de la tierra, siempre fue supersticioso en este punto, sumamente adicto a las instituciones que le han gobernado y a las leyes bajo las cuales hizo fortuna y pasó la vida, las aprecia así como rica herencia recibida de sus mayores; aborrece las extranjeras, no se agrada de las modernas, y como no se halla en estado de compararlas ni de conocer sus ventajas y mérito, grita y exclama: usos y costumbres, usos y costumbres.”

6.2. Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas del Comercio, de 24 de julio 1830 y el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia 1836

La Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas del Comercio, de 24 de julio 1830, en adelante LEC 1830, tuvo escasa repercusión y aplicación siendo derogada seis años después de su promulgación.

La razón de dicha decisión fue la constante remisión del legislador a las instituciones contenidas en La Novísima Recopilación, calificada en otro tiempo como “confusa mezcla de leyes vivas y muertas, derogantes y derogadas”⁸⁶.

Ex LEC 1830, debemos negar cualquier posibilidad de solicitar la práctica de ningún tipo de diligencia probatoria con anterioridad a la demanda.

En el año 1836 se dictó el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, que se proclamó con la intención de que los justiciables tuvieran una recta y rápida administración de justicia, sentando como uno de los grandes principios el de economía procesal.

La ley pretendía fomentar la conciliación y el arbitrio de los amigables componedores, estableciendo como presupuesto formal para la admisión de la demanda la presentación de la correspondiente papeleta de conciliación.

⁸⁶*Ibidem*. Págs. 355-480.

Incomprensiblemente el legislador no aprovechó la modificación legislativa adoptada en 1836 para actualizar las normas de procedimiento contenidas en la ley procesal de 1830, manteniéndose en substancia las normas relativas al proceso probatorio provenientes de la Novísima Recopilación.

6.3. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en adelante LEC 1855, admitió la prueba anticipada sin dotarla de un procedimiento concreto.

La legitimación para solicitar la anticipación sólo se concedió al demandante y el único medio de prueba susceptible de anticipación fue el interrogatorio de los testigos, eliminándose, por tanto, la posibilidad de anticipar el interrogatorio de parte (*conociencias*).

La prueba anticipada quedó regulada a dos únicos artículos, el 222 LEC 1855 y el 223 LEC 1855. El artículo 222 LEC 1855 recogía un catálogo *numerus clausus* de supuestos en los que se permitía solicitar la declaración anticipada.

Por su parte, el artículo 223 LEC 1855, disponía las causas por las que se podía solicitar el interrogatorio anticipado del testigo. Estas causas eran la avanzada edad, el peligro inminente de muerte o la proximidad de ausencia a puntos de difícil comunicación o cualquier otra causa de análogo alcance.

En consecuencia, la prueba anticipada sólo era posible si el testigo propuesto se encontraba en alguna de las situaciones descritas en el

artículo 223 LEC 1855 y su interrogatorio debía ceñirse a aclarar alguno de los extremos relacionados en el artículo precedente.

La medida anticipatoria sólo podía solicitarse en el juicio ordinario *ex* artículo 223 LEC 1855 y el procedimiento debía completarse acudiendo a las normas generales establecidas para el proceso probatorio.

6.4. Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

A primera vista podríamos afirmar que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en adelante LEC 1881, no trajo consigo modificaciones importantes.

La regulación procesal relativa a la prueba anticipada contenida en sus artículos 502 y 545, fue una copia casi exacta de los presupuestos y las causas contenidas en los artículos 222 y 223 LEC 1855.

En consecuencia, podríamos aseverar que la única novedad que aportó la LEC 1881 respecto de la LEC 1855 fue la concesión de la legitimación activa al demandado para solicitar la anticipación probatoria en el caso de que el procedimiento ya estuviera iniciado.

Sin embargo, como podremos comprobar más adelante, la LEC 1881 además de ofrecer la posibilidad de practicar el interrogatorio de los testigos de forma anticipada, permitía en sede de jurisdicción voluntaria, para supuestos muy particulares, la práctica anticipada de la prueba pericial.

6.4.1. Prueba testifical anticipada

La prueba testifical anticipada quedaba regulada como una clara excepción a la regla general de la preclusividad de los periodos del proceso, que tenía su razón de ser en la inexcusable necesidad de no dejar indefensas a las partes por la falta de práctica del interrogatorio de los testigos.

Su fundamento era salvaguardar la prueba testifical. Al testimonio de los particulares no le alcanzaba el privilegio de la escritura, y en consecuencia, los testigos debían declarar personalmente ante el juez para que su testimonio pudiera tener el valor probatorio deseado.

La solicitud del demandante se podía realizar antes de entablar el pleito o ya entablado, pero antes del término de la prueba y su único objetivo posible era examinar a algún testigo, que por su avanzada edad, por enfermedad grave, por estar para ausentarse a punto con el cual eran difíciles o tardías las comunicaciones o por otro motivo poderoso, análogo a los expresados, no podía comparecer ante el órgano jurisdiccional en el momento procesal oportuno.

Estas circunstancias debían ser expuestas ante el órgano jurisdiccional correspondiente, el cual determinaba, sin dar traslado a la parte contraria, si concedía o denegaba tal petición.

En caso de ser aceptada la petición, se formaba una pieza separada que era considerada como un incidente de los que no obstaculizaban el desarrollo de la demanda⁸⁷, dándole la tramitación especial señalada en los artículos 741 y 746 LEC de 1881.

⁸⁷MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, págs. 486-487.

Por último, se procedía al examen de los testigos en la forma prevenida en la ley para este tipo de prueba, citando previamente a las partes.

Si la razón de la petición se fundamentaba en un peligro inminente para el testigo, dichos trámites eran obviados, procediéndose a su examen en el plazo más breve posible, inaplicándose en consecuencia, los plazos contenidos en los artículos 610 y 642 LEC 1881.

6.4.2. Prueba anticipada en la jurisdicción voluntaria y la preconstitución extraprocesal de la prueba

La consecuencia de tan escasa regulación de la prueba anticipada fue que los justiciables se vieron abocados a acudir a otros procedimientos para poder salvaguardar aquellas fuentes y medios probatorios que les permitirían acreditar sus alegaciones en el futuro proceso.

Por entonces, las opciones para alcanzar dicho objetivo eran dos: acudir a la aplicación de los preceptos contenidos en la LEC 1881 referidos a la jurisdicción voluntaria -vigentes hasta la promulgación de la Ley 5/2015 de jurisdicción voluntaria de 2 de julio-, o a la preconstitución privada de las pruebas fuera del proceso⁸⁸.

6.4.2.1. Prueba anticipada en la jurisdicción voluntaria ex LEC 1881

⁸⁸MONTERO AROCA, J. *La prueba...* Op. Cit. Pág. 157. La prueba preconstituida sería el “escrito de un tercero en el que hace declaraciones de conocimiento de los hechos que importan en el proceso: Indudablemente ese escrito no es ni un documento ni una declaración testifical, y no puede tener valor probatorio al faltarle nada menos que la esencia de la prueba testifical como es la contradicción.”

“La LEC viene manteniendo un sistema basado en la división de la jurisdicción en dos ramas, la jurisdicción contenciosa y la voluntaria”⁸⁹, siendo su elemento diferencial la existencia de una controversia o de contradicción⁹⁰.

El objeto primordial de la jurisdicción voluntaria es “dotar a los particulares de una vía simplificada y expedita a través de la cual puedan crear, modificar o extinguir derechos bajo la supervisión judicial o de determinados órganos administrativos”⁹¹, siempre y cuando concurra el requisito necesario de la falta de contradicción.

Eran muy diferentes y numerosos los actos que los particulares podían solicitar por medio de la jurisdicción voluntaria regulada en la LEC 1881, y de todos ellos queremos destacar aquéllos que por sus características y efectos se aproximaban a la anticipación probatoria.

Siguiendo la clasificación realizada por SERRA DOMINGUEZ existían actos que pretendían constituir u homologar situaciones, mientras

⁸⁹DE LA OLIVA SANTOS, y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal...* Op. Cit. Pág. 39. “La jurisdicción voluntaria es la autoridad y potestad ejercidas por el órgano jurisdiccional en cuya virtud y sin necesidad de proceso contradictorio entre diferentes sujetos se crean modifican o extinguen estados o situaciones jurídicas, se acredita la existencia de hechos, se pretende declaraciones a las que se anudan efectos jurídicos, se previene lo que al derecho de los sujetos jurídicos convenga o sea necesario y se llevan a cabo ciertos negocios jurídicos que requieren la intervención del juez.”

⁹⁰ Artículo 1 LJV “Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso.”

⁹¹FÉRNANDEZ DE BUJÁN, A. *La jurisdicción voluntaria*. Civitas, Madrid, 2001, pág. 37. “Esta jurisdicción en contraposición a la contenciosa se caracteriza esencialmente por la falta de conflicto o la inexistencia de una oposición relevante para que pueda dársele una virtualidad jurídica.”

que otros procuraban dejar constancia de un testimonio o de una situación en previsión de futuras disputas⁹².

De entre todos ellos, nos referiremos a continuación a las informaciones para perpetua memoria⁹³ así como al reconocimiento pericial regulado en los artículos 2126 y 2127 LEC 1881⁹⁴.

Por último, analizaremos la apertura de escotillas contemplada en el artículo 2169 LEC 1881⁹⁵.

Las informaciones para perpetua memoria tenían “por objeto documentar judicialmente declaraciones de testigos sobre hechos que interesen al solicitante y no sean susceptibles de perjudicar a un tercero”⁹⁶.

⁹²SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 152.

⁹³Artículo 2002, LEC 1881: “Los Jueces admitirán y harán que se practiquen las informaciones que ante ellos se promovieren, con tal que no se refieran a hechos de que pueda resultar perjuicio a una persona cierta y determinada.”

⁹⁴Artículo 2126, LEC 1881: “En el caso de las dudas y contestaciones a que se refiere el artículo 218 del Código, los interesados, si no se avinieren en el nombramiento de peritos, acudirán al Juez para que los designe. Hecho esto, los peritos prestarán su declaración, y si no estuvieren conformes, el Juez sorteará un tercero. Si los interesados, a pesar del reconocimiento pericial, no quedaren conformes en sus diferencias, se procederá al depósito ordenado en dicho artículo.” Artículo 2127, LEC 1881: “Cuando proceda hacer constar el estado, calidad o cantidad de los géneros recibidos, o de los bultos que los contengan, conforme a lo dispuesto en los artículos 219, 362 y párrafo segundo del 370 del Código, y demás casos análogos, el interesado acudirá al Juez en solicitud de que ordene se extienda diligencia expresiva de aquellas circunstancias, y si fuere necesario nombre perito que reconozca los géneros o bultos. Si los interesados convinieren en nombrar cada uno un perito, lo solicitarán así, sorteándose, caso de discordia, un perito tercero.”

⁹⁵Artículo 2169, LEC 1881: “El capitán del buque que, a fin de salvar su responsabilidad en caso de siniestro, quisiere abrir las escotillas para hacer constar la buena estiba del cargamento, solicitará para ello licencia judicial, y designará desde luego el perito que por su parte haya de asistir al acto.”

⁹⁶GONZÁLEZ POVEDA, B. *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y formularios*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 219.

Estas informaciones, a primera vista, podrían haberse considerado como la prueba anticipada del interrogatorio de los testigos. Sin embargo, no se les podía arrogar tal carácter de prueba, primero porque la LEC 1881 explicitaba que las informaciones documentadas por esta vía no podían ser “susceptibles de perjudicar a un tercero” y, segundo, porque no se ejecutaban con el fin de preparar un proceso posterior.

Existía, por tanto, una diferente finalidad entre la prueba anticipada y las informaciones para perpetua memoria; la primera buscaba erradicar el temor fundado a la pérdida de un medio probatorio que previsiblemente iba a ser necesario en un futuro proceso. La segunda, pretendía únicamente “la documentación de un hecho”⁹⁷ sin que existiera un ánimo de iniciar una contienda judicial.

A continuación, nos referiremos al reconocimiento pericial recogido en los artículos 2126 y 2127 ALEC, así como a la apertura de escotillas de un buque a petición del capitán regulada en el artículo 2169 ALEC.

El reconocimiento y el depósito cautelar regulado la ALEC eran dos procedimientos que tenían como finalidad determinar el estado de las mercancías que el porteador pretendía entregar al consignatario, al efecto de quedar relevado de cualquier obligación en relación con las mismas.

Estos procedimientos recogían dos fases procedimentales diferentes, una necesaria y otra contingente. La fase necesaria, que agotaba la jurisdicción voluntaria, se contraía a la elaboración de un informe

⁹⁷*Ibidem*. Pág. 221.

pericial elaborado por un experto independiente que tenía por objeto el análisis de la carga que se pretendía entregar por el porteador.

La fase contingente nacía como consecuencia de la no asunción por alguna de las partes del contenido del informe emitido por el perito designado que provocaba el inicio de un proceso judicial, previo depósito cautelar de la mercancía analizada.

Por último, la apertura de escotillas, compartía el objeto y el procedimiento del reconocimiento anteriormente descrito, siendo su fin primordial describir el estado de la carga de un buque tras sufrir un temporal.

Así las cosas, estos instrumentos eran más propios de la jurisdicción contenciosa que de la jurisdicción voluntaria. Se trataban todos ellos de verdaderos procedimientos probatorios anticipados, supervisados por un órgano jurisdiccional que se ejecutaban para “preconstituir la prueba pericial que posteriormente sería muy difícil practicar”⁹⁸ y con el fin de “resolver las discrepancias”⁹⁹ en torno al estado de la carga.

¿Cuál era la razón de su ubicación sistemática en las normas de jurisdicción voluntaria? La respuesta es muy simple. La ALEC, ex artículos 502 y 545 LEC 1881, permitían única y exclusivamente la anticipación del interrogatorio de los testigos¹⁰⁰ vedando cualquier posibilidad de anticipar la prueba pericial. Así las cosas, el legislador consideró necesario dar una respuesta rápida a situaciones que se repetían con asiduidad y que afectaban a una rama muy importante de nuestra economía como era el transporte naval.

⁹⁸GONZÁLEZ POVEDA, B. Op. Cit. Pág. 1743.

⁹⁹*Ibidem*. Pág. 1657.

¹⁰⁰ Vid. Capítulo Primero, epígrafe 6.4.1.

6.4.2.2. Prueba preconstituida

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, hasta la ALEC 1855 no se reguló de forma expresa la anticipación de la prueba inicialmente prevista en Las Siete Partidas. Igualmente hemos podido comprobar como la normativa de la prueba anticipada en la LEC 1855 y la LEC 1881, fueron parcas y muy limitadas, permitiendo únicamente la prueba anticipada del interrogatorio de los testigos, así como la de los peritos en casos muy concretos.

La consecuencia de tan escasa regulación fue que los justiciables se vieron obligados a acudir a la preconstitución de la prueba fuera del proceso, a fin de poder salvaguardar las fuentes y los medios probatorios que servían para la acreditación de sus alegaciones.

El vehículo normalmente utilizado para preconstituir la prueba fueron los instrumentos públicos¹⁰¹ que se trataban de documentos elaborados por los notarios que recogían testimonios o situaciones que podían perjudicar a terceros.

Entre los instrumentos públicos, reconocidos en el artículo 209 de la ley notarial, se encuentran las actas notariales que “son instrumentos a través de los cuales el notario, previa petición de parte, refleja el conocimiento adquirido de unos hechos con trascendencia

¹⁰¹Colegio Notarial de Madrid, VV.AA. “*La nueva legislación notarial comentada*” Tomo I, Madrid, 2007, pág. 313. “El instrumento público es “en general todo documento que autorice el notario.”

jurídica”¹⁰², a partir de su comprobación mediante el examen de documentos o la declaración de personas.

La razón de tal actuación era que estos documentos notariales gozaban de fe pública, presumiéndose que aquello que el fedatario declaraba haber presenciado era veraz¹⁰³, salvo que se produjera una ulterior decisión judicial que determinara lo contrario.

Pese a su alcance, las actas notariales no poseían un efecto equivalente a la prueba anticipada pues se trataban de simples actos de documentación, que además, no se realizaban con el fin de dar inicio a un proceso sino para dejar constancia de una situación en un momento determinado.

¹⁰²Artículo 198.1 R.N. “Los notarios, previa instancia de parte en todo caso, extenderán y autorizarán actas que consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten, y que por su naturaleza no sean materia de contrato.”

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de 10 de noviembre de 1988: “El motivo decae, ya que es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala -Sentencias de 27 de octubre de 1966 (RJ 1966\5122), 2 de noviembre de 1973 (RJ 1973\4063), 9 de junio de 1982 (RJ 1982\3411), 26 de febrero y 13 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 1077yRJ 1983\6934), 6 de julio y 27 de noviembre de 1985 (RJ 1985\4133yRJ 1985\5905), 24 de febrero de 1986 (RJ 1986\935), 19 de mayo de 1987 (RJ 1987\3536), 10 de octubre de 1988 (RJ 1988\7402yRJ 1988\8431), entre otras- la de que la fe pública notarial lo único que acredita, según se deduce del artículo 1218 del Código Civil, es el hecho que motiva el otorgamiento de la escritura pública y su fecha, así como que los otorgantes han hecho ante notario determinadas declaraciones, pero no la verdad intrínseca de éstas, que pueden ser desvirtuadas por prueba en contrario, por lo que en el caso concreto que nos ocupa lo único que aparece amparado por la fe notarial es que los otorgantes de las respectivas escrituras públicas manifestaron que el vendedor había recibido el precio con anterioridad, pero no la certeza y la verdad de dicha manifestación, acerca de la cual la Sala «a quo» ha declarado probado que no existió precio alguno en las mencionadas escrituras públicas, cuyo hecho probado ha de ser mantenido aquí invariable, como ya se ha dicho en el anterior Fundamento de Derecho.”

En consecuencia, esta práctica preconstitutiva nunca fue bien recibida ni por la jurisprudencia ni por la doctrina. Como muestra de ello traemos a colación la Sentencia de Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3ª, de 11 febrero de 1999, AC 1999\4139¹⁰⁴ y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 27 de octubre de 2011, JUR 2011\36127, que niegan cualquier tipo de validez a la prueba preconstituida¹⁰⁵.

¹⁰⁴“El tercer motivo del recurso sostiene que la cuantía de los daños no se ha probado por cuanto la sentencia de instancia se basa en un informe pericial elaborado fuera del proceso y a instancias de la actora con el que no está de acuerdo y que difiere del por él realizado. Tal motivo de recurso ha de ser acogido por cuanto es cierto que no se ha practicado prueba pericial alguna en cuanto a la cuantificación de los daños. Así, la sentencia impugnada acoge por completo la valoración aportada por la actora con su demanda sin que se pueda acoger y concederle carácter de prueba pericial pues así lo ha señalado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo significando que el informe de un Perito aportado a autos como prueba preconstituida carece en absoluto de eficacia para acreditar lo que en su texto se expresa, habida cuenta de la total ausencia de las garantías procesales preceptivas contenidas en los artículos 610 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en orden a la proposición y práctica de dicho medio de prueba, tales como la posibilidad de que solicite su ampliación la parte que no la articuló, determinación del número de Peritos, forma de designación de los mismos y emisión del pertinente dictamen a presencia judicial y de las partes litigantes, con la posibilidad para éstas de pedir aclaraciones y únicamente se le podrá otorgar al valor de una testifical si es ratificada en el proceso como lo fue nuestro caso, de ahí que no podamos admitir la cuantificación de los daños por él efectuada.”

¹⁰⁵“De conformidad con la doctrina fijada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 14ª, de 24-1-2007, nº 75/2007, rec. 796/2005, merecen rechazo los argumentos basados en una prueba testifical preconstituida, porque: No es la primera vez que nos enfrentamos a declaraciones firmadas por determinadas personas, que se acompañan a la demanda, contestación o reconvencción como documentos en que la parte funda su derecho. Posteriormente se les cita como testigos, y se les pregunta por la certeza de sus manifestaciones, con lo que se pretende vincular al Juzgado preconstituyendo la prueba. Esa forma de hacer es completamente anómala, y carente de valor; ni como prueba documental, ni como prueba de testigos. Como documentos no resisten crítica: no incorporan una declaración de conocimiento o de voluntad entre los litigantes, que afecte al objeto del proceso y conlleve la creación, modificación, o extinción de un derecho, relación, o situación jurídica. Como

Dichas resoluciones, referentes a la prueba testifical, negaban cualquier carácter probatorio a aquellos documentos que recogían testimonios de testigos al margen del proceso, sin las debidas garantías legales y sin que concurriera el requisito fundamental del temor a su desaparición o pérdida. En igual sentido, MONTERO AROCA afirmó que “la declaración de una persona sobre los hechos que tiene conocimiento se convierte en prueba testifical precisamente cuando esa declaración se produce del modo previsto en la ley para el medio de prueba, y no de otra manera”¹⁰⁶.

6.4.3. Aseguramiento de la prueba

Por lo que se refiere al aseguramiento de la prueba no existe en la LEC 1881 ni en ninguno de los textos legales que la preceden referencia alguna a esta institución.

La afirmación inmediatamente precedente podría parecer inapropiada a la luz de las opiniones reflejadas en las obras de algunos de nuestros más grandes tratadistas del siglo XIX, que se refieren expresamente al aseguramiento de la prueba al analizar los artículos 502 y 545 LEC 1881.

prueba testifical tampoco es admisible. El testigo que escribió el texto no tuvo filtro previo de veracidad, ni en ese momento se le preguntó por las generales de la Ley, del art.367 L.E.C., ni se le advirtió de las penas del falso testimonio o de la falsedad documental ex art. 365 L.E.C. Cuando acude al Juzgado y ya, bajo juramento y advertencia de las penas por falso testimonio, no podrá desdecirse de lo previamente escrito; si se desdice quiere decir que antes mintió y las consecuencias de la mentira parecen más que obvias.”

¹⁰⁶MONTERO AROCA, J. *La prueba...* Op. Cit. 404. “El acta notarial, si luego es aportada a un proceso, no puede tener la consideración de prueba testifical, porque la declaración no se ha producido en la forma legal.”

Uno de dichos autores es PRIETO CASTRO¹⁰⁷. En su opinión, las citadas normas tenían como objeto primordial asegurar una prueba, para quedar a cubierto de su posible pérdida o de la dificultad que en el momento en que fuera necesaria pudiera surgir.

Consideraba que el aseguramiento de la prueba podía efectuarse antes de la presentación de la demanda o durante el proceso, pero con anterioridad al recibimiento a prueba, para hacer constar la existencia de una cosa que después debía de ser objeto de la demanda y asegurar su conservación; y durante el proceso y antes del recibimiento a prueba, la LEC también otorgaba al demandante y al demandado la posibilidad de practicar la prueba testifical si existía riesgo de perder la prueba por la edad avanzada del testigo, peligro inminente de su vida, la proximidad de ausencia a punto de difícil acceso o cualquier otro motivo poderoso.

Igualmente, MENÉNDEZ PIDAL¹⁰⁸ hacía referencia al aseguramiento de la prueba y no a la anticipación probatoria. Dicho autor sostuvo que la ley permitía asegurar la práctica de la prueba testifical, aun antes del proceso, cuando existía temor de su pérdida o de su ejecución dentro de los términos normales.

Pese a los diversos puntos de vista expuestos, no existía una confusión terminológica o conceptual en sentido estricto, sino que en realidad subyacía la idea de que la anticipación de la prueba y su aseguramiento eran una misma institución.

¹⁰⁷PRIETO CASTRO, L. *Derecho Procesal civil*, Librería General, Zaragoza, 1955, pág. 310.

¹⁰⁸MENÉNDEZ PIDAL, F. *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Reus, Madrid, 1935, págs. 231 y 420.

Autores como LORCA GARCÍA¹⁰⁹, GUASP¹¹⁰ y ALMAGRO NOSETE¹¹¹, se referían igualmente al aseguramiento pero no como una institución propia diferente de la anticipación, sino como una consecuencia derivada de la prueba anticipada.

SAÉZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ-GAMBOA consideraban que existía redundancia¹¹² y que la finalidad última de la anticipación probatoria era asegurar el medio probatorio que siendo importante para el procedimiento, podía no llegar a practicarse por causas ajenas a la partes.

Esta afirmación ha sido recogida muchos años después por GASCÓN INCHAUSTI¹¹³, al sostener que la única forma que existe de asegurar los medios de prueba personales es practicarlos de forma anticipada.

En definitiva y para concluir, podemos afirmar que durante la vigencia de la LEC 1881, la prueba anticipada de los testigos estaba prevista y era posible solicitarla siempre y cuando concurrieran los presupuestos y las causas legales para ello, sin que por el contrario existiera la posibilidad de anticipar o asegurar otros medios probatorios.

¹⁰⁹LORCA GARCÍA, J. *Derecho Procesal Civil*, Graficas Cifra, Madrid, 1972, pág. 248.

¹¹⁰GUASP, J., ARAGONESES MARTÍNEZ, P. Op. Cit. Pág. 372.

¹¹¹ALMAGRO NOSETE, J., GIMENO SENDRA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V. *Derecho procesal civil*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 399.

¹¹²SAÉZ JIMÉNEZ, J., LÓPEZ-FERNÁNDEZ GAMBOA, E. *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, Santillana, Madrid, 1969, pág. 778.

¹¹³GASCÓN INCHAUSTI, F. *Medidas cautelares del proceso civil extranjero*, Comares, Granada, 1998, pág. 60.

CAPÍTULO TERCERO. DERECHO EXTRANJERO

1. Introducción

Las figuras analizadas en el presente trabajo han sido objeto de regulación en diversos países, si bien sus requisitos, su contenido y su alcance son distintos según cada nación.

El presente capítulo no pretende realizar un exhaustivo análisis de la cuestión en todos los países europeos o americanos, ya que excedería con mucho el ámbito del trabajo, si bien intentaremos fijarnos en un abanico suficientemente amplio de normativas procesales a fin de ofrecer una imagen lo más global posible de la situación jurídica de los institutos aquí analizados.

Todos los ordenamientos procesales considerados, europeos o americanos, permiten la práctica anticipada o el aseguramiento de todos o de alguno de los medios de prueba con antelación al momento normal señalado en la correspondiente legislación procesal, siempre que existan motivos justificados para proceder en tal sentido.

Iniciaremos nuestro recorrido comparativo con el estudio del Derecho de los países europeos de mayor raigambre jurídica, continuaremos examinando las normativas latinoamericanas por el indudable nexo histórico jurídico que nos une, y finalizaremos el capítulo analizando el Derecho inglés y el Derecho estadounidense por su evidente importancia y su sustancial diferencia frente al resto de ordenamientos.

2. Países europeos con mayor influencia

2.1. Italia

La prueba anticipada en el proceso civil italiano se incardina en el artículo 692 CPCI, en el seno del libro cuarto dedicado a los procedimientos especiales¹¹⁴, que reúne de forma asistemática “e puramente empírica”¹¹⁵ una serie de procedimientos heterogéneos y multiformes entre los que se encuentran, los procesos sumarios, las medidas cautelares¹¹⁶ y la prueba anticipada (*istruzione preventiva*).

El artículo 692 CPCI literalmente dispone:

*“Quien tiene fundado temor de que se están perdiendo uno o más testigos cuyo testimonio pueda ser necesario en una causa que se propondrá, podrá solicitar que se ordene una audiencia para futura memoria”*¹¹⁷.

¹¹⁴LEANZA, P., PARATORE, E. *Il procedimento per decreto ingiuntivo*. Milanofiori Assago, Wolters-Kluvers, Milán, 2008, pág. 1. DI ROSA, G. *Il procedimento di ingiunzione*. Wolters-Kluvers, Milán, 2008, pág. 6.

¹¹⁵MANDRIOLI, C. *Procedura civile procedimenti speciali di ingiunzione e di sfratto*. Disponible en: <http://www.appuntigiurisprudenza.it/appunti-di-diritto-processuale-civile-i/il-diritto-processuale-civile-e-la-definizione-dellattivita-giurisdizionale-criterio-della-funzione-e-criterio-della-struttura.html>. PRINCIPE, C., *Formulario del processo civile*, Edizione Fag Milán, 2007, pág. 201.

¹¹⁶PUNZI, C. *Il processo civile. Sistema e problematiche*, T.III., Giapelechi Editore, 2010, pág. 2. CAPITANO, S, GIOVAGNOLI, R. *I procedimenti cautelari. Percorsi giurisprudenziali*, Giufre Editore, 2010, pág. 1.

¹¹⁷ La traducción es nuestra. “Chi ha fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni le cui deposizioni possono essere necessarie in una causa da proporre, può chiedere che ne sia ordinata l'audizione a futura memoria.”

Los procesos especiales¹¹⁸ se caracterizan por “que el juez emite su pronunciamiento sobre la base de una evaluación de los hechos incompleta y superficial”¹¹⁹, en razón de la especial situación sustanciada, que conlleva, en cuanto sea posible, la eficacia ejecutiva de la resolución recaída en el procedimiento.

La prueba anticipada siempre ha sido ubicada por la doctrina italiana en el marco de las medidas cautelares¹²⁰ anticipatorias¹²¹, que se caracterizan por desarrollarse “bajo la enseña de lo urgente y lo provisorio”¹²². Igualmente resulta incontrovertido para la jurisprudencia italiana la naturaleza cautelar¹²³ de la prueba anticipada.

¹¹⁸PUNZI, C. Op. Cit. Pág. 2.

¹¹⁹PETRUCCI, R. (Coord.) *I procedimenti speciali disciplinati dal Codice di Procedura Civile*, Grupo Editorial Simone, 2012, pág. 6. En el mismo sentido, CAPITANO, S, GIOVAGNOLI, R. Op. Cit. Pág. 2.

¹²⁰CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traduc. José Casais y Santaló, Editorial Reus, Madrid, 1922, pág. 261. “Estas medidas especiales determinadas por el peligro o la urgencia se llaman medidas de seguridad o de cautela (cautelares), porque surgen antes de que sea declarada la voluntad de la ley que nos garantiza un bien o antes de que sea realizada su actuación para garantía de su futura actuación práctica y son distintas según la diversa naturaleza del bien a que se aspira.”

¹²¹CARNELUTTI, F. *Derecho y Proceso*. Traduc. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pág. 419-420. R. CAPONI, “La nueva disciplina general de los procedimientos cautelares.” *Ius et Veritas*, núm. 32, Perú, 2009. Disponible en: [http://www.academia.edu/204825/R. Caponi La nueva disciplina general de los procedimientos cautelares in Ius et Veritas Peru n. 32 2009](http://www.academia.edu/204825/R._Caponi_La_nueva_disciplina_general_de_los_procedimientos_cautelares_in_Ius_et_Veritas_Peru_n.32_2009).

“Estas ulteriores precisiones confirman el criterio de distinción, a su tiempo expuesto, entre resoluciones cautelares conservativas y anticipatorias a los fines de la eliminación del nexo estructural entre la resolución cautelar anticipatoria y la causa de fondo, o bien, según la terminología ya asentada, a los fines de la atenuación o relajación de la relación de instrumentalidad”

¹²²CARNELUTTI, F. Op. Cit. Pág. 425.

¹²³F. DI NANNI, L. VITTORI, P. *Formulario dei procedimenti cautelari. Nel processo civile, societario, amministrativo e tributario*, Giuffrè Editore, Milán, 2008, pág. 502.

Pese a ello se puede afirmar que el procedimiento de prueba anticipada¹²⁴ “ha recibido una regulación autónoma que impide afirmar que haya recibido una corriente generalizada de aquella institución”¹²⁵ con la que comparte sus presupuestos pero no su finalidad.

Los presupuestos necesarios para solicitar la prueba anticipada son los mismos que para cualquier medida cautelar conservativa¹²⁶, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* sin perder de vista que este peligro debe ser relacionado con la pérdida de una fuente probatoria y no con la imposibilidad de ejecutar una sentencia.

Así, el objetivo último de la prueba anticipada es recoger, incluso antes de que sea iniciado el juicio, los elementos necesarios para la formación de la prueba, “al efecto de mantener la situación frente a posibles eventos futuros que se pudieran producir”¹²⁷.

No todos los medios de prueba pueden ser anticipados. Sólo podrán practicarse de forma anticipada la prueba testifical, la pericial y la inspección judicial¹²⁸.

¹²⁴ OCCHIPINTI, E. Disponible en: <http://www.liderlab.sssup.it/lider/it/odp/rubriche/danno-alla-persona-e-profilirocessuali.html>

¹²⁵TARUFFO, M. *La prova nel processo civile*, Giuffrè Editore, Milán, 2012, pág. 171.

¹²⁶MATTIROLO, L. *Tratado de Derecho judicial civil*, Reus, Madrid, 1933, pág. 509. “De esta manera, el informe pericial tiene solamente un carácter de naturaleza conservativa, y su eficacia dependerá exclusivamente de las ulteriores resoluciones que en el curso del pleito se dicten y en las cuales se resolverá de un modo definitivo sobre la admisión de la prueba misma.”

¹²⁷F. DI NANNI, L., VITTORI, P. Op. Cit. Pág. 502.

¹²⁸TARUFFO, M. Op. Cit. Pág. 172. BARRECA, G. *I procedimenti di istruzione preventiva dopo la riforma*, (artt.692-699 Cod.Pro.Civ.). Art. 692, Giuffrè Editore, Milán, 2009, pág. 3.

La petición deberá contener la identidad de la parte contraria, el objeto de la prueba y los presupuestos necesarios para acoger la anticipación, si bien el *fumus boni iuris* quedará algo difuminado en aquellos casos en los que la petición se base en motivos de urgencia.

El procedimiento es sencillo y muy semejante al regulado en la norma española, aunque existen distinciones importantes que, sin duda, podían haber sido acogidas por nuestra ley procesal.

En primer lugar, la ley italiana prevé expresamente la posibilidad de modificar las reglas de competencia en aquellos casos en los que exista excepcional urgencia que haga necesaria la inmediata anticipación probatoria. En estos casos, la ley permite expresamente que la solicitud se interponga ante el juzgado o tribunal del lugar donde se encuentre el medio probatorio que se pretende anticipar y no ante aquél que debiera de conocer del asunto principal.

En segundo lugar, la ley procesal italiana permite expresamente la anticipación probatoria *inaudita parte*. Para solventar la posible indefensión de la parte ausente, se nombra a un representante de la parte no asistente, denominado “*procurador*”, para que compruebe el cumplimiento de los requisitos legales en la práctica de la prueba con la evidente limitación de que “desconocerá el fondo del asunto y no podrá ejercitar una idónea actividad defensiva”¹²⁹. Para remediar esta posible desigualdad, el secretario judicial deberá notificar el decreto de admisión de la prueba anticipada a las partes ausentes en el día siguiente a la asunción de la prueba¹³⁰.

¹²⁹LUISO. F. *Diritto processuale civile*. Giuffrè Editore, Milán, 2007, pág. 253.

¹³⁰SATTA, S. *Manual de Derecho procesal civil*. EJEA. Buenos Aires, 1971, pág. 236.

La prueba practicada de esta forma se documentará en un acta en los modos ordinarios y deberá custodiarse hasta la celebración del correspondiente juicio “*de merito*”.

La prueba anticipada deberá proponerse y practicarse en el procedimiento principal para su debida valoración, “es decir, la adquisición para los autos del juicio de fondo podrá hacerse, pues, solo por efecto de una ulterior ordenanza *ad hoc*, en defecto de la cual, la prueba recogida en vía preventiva y cautelar, quedará en letra muerta¹³¹”.

2.2. Alemania

Del tenor literal de la ley se presume que la legislación alemana regula la anticipación probatoria pero no el aseguramiento, dentro del procedimiento probatorio autónomo recogido en los artículos 485 a 494 ZPO. En concreto, el artículo 485 ZPO dispone:

“Durante o fuera de un proceso contradictorio se puede ordenar, a pedido de parte, la realización de una inspección ocular, la declaración de testigos o el dictamen de un perito, cuando la contraparte así lo consienta y se tema que un medio probatorio pueda perderse o dificultarse su uso¹³².”

¹³¹REDENTI, E. *Derecho Procesal Civil*. Traduc. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pág. 281. “...verdaderos y propios procedimientos de instrucción preventiva para la reunión de datos, elementos materiales de prueba (testificales o de inspección)...”

¹³²PRUTTING, H., DE FALCO, S. *Código Procesal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2006.

ROSENBERG¹³³ definió la *probatio ad perpetuam rei memoriam* como “una recepción precautoria de la prueba fuera del procedimiento de sentencia, antes de que esté pendiente o también mientras lo está”, siendo su finalidad “la aclaración extraprocesal de circunstancias de hecho por medios procesales”¹³⁴.

La norma alemana permite la anticipación, dentro o fuera del proceso contradictorio, de la inspección ocular, la declaración de testigos o el dictamen de perito, excluyendo la posibilidad de asegurar los medios de prueba materiales¹³⁵.

Su finalidad “suele ser la conservación para el proceso del pleno valor probatorio de un medio de prueba o de un hecho que ha de ser objeto de prueba porque de lo contrario el medio de prueba sería difícilmente utilizable o imposible de utilizar el hecho de prueba”¹³⁶.

El procedimiento alemán sigue las pautas del resto de legislaciones continentales en cuanto a las normas de competencia, siendo los tribunales competentes para conocer de las peticiones de prueba anticipada, bien el que esté conociendo del proceso, bien el que decidirá en la causa principal.

¹³³ROSENBERG, L. *Tratado de Derecho procesal civil*, T.I, Trad. de Romera Vera, Munchen und Berlin, 1951, pág. 236.

¹³⁴*Ibidem*. Pág. 236.

¹³⁵KISCH, W. *Elementos de Derecho procesal*, Trad. Leonardo Prieto Castro. *Revista de derecho privado*. Madrid, 1932, pág. 215. “Tiene lugar en tres casos. Primero cuando existe temor fundado a la pérdida o gran dificultad de empleo del medio probatorio..., si el objeto de la inspección o de la pericia amenazan desaparición, o el único testigo de se dispone está en inminente peligro de muerte o de ausencia. Y, en último término, cuando se quiere hacer constar el estado actual de una mercancía y el que pide el aseguramiento por este medio acredita que tiene un interés jurídico en ello”

¹³⁶SCHÖNKE, A. *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1950, pág. 212.

Se posibilita la modificación de las normas competenciales en caso de peligro urgente, otorgándose en tal caso la competencia a los tribunales del lugar donde se encuentre la fuente de prueba que va a ser objeto del procedimiento probatorio anticipado.

El contenido de la petición debe incluir los datos de la contraparte, los medios de prueba a practicar así como los hechos que sustentan la petición.

La excepcionalidad de la prueba anticipada germana reside en que la contraparte debe consentir la práctica anticipada del medio probatorio solicitado, aunque paradójicamente admite la práctica anticipada *inaudita parte* en aquellos casos en los que sea imposible su localización.

En tal caso, al igual que ocurre en la legislación italiana, el juez designará a un representante de la parte ausente.

Para que la solicitud de anticipación prospere deberán acreditarse los presupuestos de cualquier medida cautelar, la acreditación verosímil de los hechos y el *periculum in mora*, concretado en el temor a perder la fuente probatoria.

La aceptación por el tribunal de la petición de prueba anticipada se documentará por medio de una providencia irrecurrible, en la que se indicarán el objeto de la prueba y los medios probatorios a ejecutar.

En el caso de la anticipación probatoria *ante demandam*, la ley no impone un plazo concreto para la interposición de la demanda, de manera que será el tribunal el que decida sobre dicho extremo en cada caso y previa petición de parte.

2.3. Francia

La legislación francesa regula la prueba anticipada y su aseguramiento en el artículo 145 NCPC ¹³⁷.

*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.*¹³⁸

Las *ordonnances sur requête* ¹³⁹ son procedimientos urgentes que se caracterizan por su rápida tramitación y por la ausencia de contradicción.

¹³⁷Fue una novedad importante en el texto procesal de 1973 pues se superaron antiguas reticencias respecto a la posible uso fraudulento de esta institución.

¹³⁸*Código de Proceso Civil*. Traducción realizada con el concurso del Dr. D. Fernando Gascón Inchausti, Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid. GASCÓN INCHAUSTI, F. Op. Cit. Pág. 128. “El termino *en référé* no es más que la designación de un cauce procesal rápido para obtener ciertos tipos de tutela judicial.”

¹³⁹Artículo 493 CPC. “La *ordonnance sur requête* es una resolución provisional dictada a instancia de una de las partes sin dar audiencia a la parte contraria en los casos en que la ley lo permita.”

Por su parte, las *ordonnances en référé* son igualmente procedimientos urgentes que siguen idéntico esquema al de las *ordonnances sur requête*, pero respetan la plena contradicción. “Las medidas que pueden adoptarse *en référé*¹⁴⁰ son conservativas, de instrucción o de expulsión.”

En adelante nos referiremos únicamente a los procedimientos *en référé*, en concreto a la prueba anticipada (*référé probatoire*) pues la regla general es que ésta se tramite por este tipo de procedimiento.

La resolución *en référé* “es provisional, dictada a instancia de una de las partes, previa audiencia de la otra o habiéndola citado, en aquellos casos en que la ley otorga a un juez, distinto del competente para conocer del fondo, la potestad de ordenar de manera inmediata las medidas que resulten necesarias”¹⁴¹.

De la precitada norma se colige que este tipo de resoluciones se caracterizan por su provisionalidad, inmediatez y ejecución provisional, a las que habrá que unir las características de la falta de fuerza de cosa juzgada y su modificabilidad.

¹⁴⁰MORELLO, A. *Anticipación de la tutela*, Librería Editora Platense, La Plata, 1996, pág. 3. “...proceso urgente (en Francia y en Tánger del *référé*) que y licuando de manera pronunciada el espesor del conocimiento -que se repliega a la verosimilitud sin exigir la certeza plena- permite al juez un margen de maniobra más expeditivo, facilitándole poder anticipar total o parcialmente el contenido de la sentencia de mérito.”

¹⁴¹Artículo 484 CPC.

La prueba anticipada es una excepción a las reglas generales de competencia, puesto que permite expresamente a un juez distinto del que debe decidir la cuestión principal, adoptar y ejecutar provisionalmente este tipo de medidas¹⁴².

El procedimiento de la prueba anticipada (*référé probatoire*) es muy sencillo y se basa en la celeridad, permitiendo la citación de la contraparte incluso en días festivos. La decisión carecerá de la fuerza de cosa juzgada y podrá ser recurrida generalmente en apelación.

El presupuesto básico para la adopción de la anticipación es la existencia de un motivo legítimo (*motif légitime*) que deberá ser fundamentado (*bien-fondé*), no siendo necesario que concurra un interés nacido ni actual¹⁴³, ni tampoco será necesaria la concurrencia de la urgencia, ni en fin, la ausencia de serios motivos de oposición (*contestation sérieuse*).

La petición deberá realizarse siempre antes del inicio del proceso principal, vedándose al juez encargado del procedimiento probatorio sumario adoptar ninguna medida anticipatoria o asegurativa ya iniciado el proceso principal.

¹⁴²Artículo 514.2 CPC. “En particular, serán provisionalmente ejecutables de pleno derecho las ordonnances de référé, las resoluciones por las que se acuerden medidas provisionales durante la sustanciación del proceso, aquéllas por las que se acuerden medidas cautelares, así como las resoluciones del juez encargado de preparar el juicio que ordenen un pago a cuenta en favor del acreedor.”

¹⁴³ BATUT, M.A. Disponible en: http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/etudes_documents_93/anne_marie_5790.html.

Los medios probatorios deberán ser útiles y pertinentes para la aclaración de los hechos, eligiendo el Juzgado los que sean más simples y menos onerosos.

La ley concede al juzgador la posibilidad de ampliar o de restringir los hechos necesitados de prueba, pudiendo incluso decretar la práctica de nuevas pruebas, decisión que no será susceptible de oposición pero sí de recurso de apelación, con “independencia de la sentencia sobre el fondo en los casos establecidos en la ley.”

Excepcionalmente, la medida probatoria anticipada podrá adoptarse *inaudita parte* (sur requête) lo que conllevará una mayor motivación de la resolución alcanzada por parte del órgano jurisdiccional y de una mayor argumentación de la demanda en el procedimiento principal, de forma que el afectado pueda conocer las razones que impulsaron a su adopción.

3. Latinoamérica

3.1. Introducción

En el año 1967, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal impulsó la redacción de un código tipo procesal civil y penal para toda Latinoamérica. Su elaboración finalizó en el año 1988, mediante la ejecución de las bases de los Anteproyectos de los Códigos Procesales Modelo Civil y Penal para Iberoamérica.

El espíritu de dicho Código Tipo era “romper con la raíz común del derecho romano-canónico y con el derecho contenido en Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, buscando de esa manera un camino para superar la palmaria ineficacia del proceso y el estado de postración de la justicia”¹⁴⁴. Esta reforma impulsaba de forma decidida la oralidad, la inmediación, la intervención del juez, la celebración de audiencias y, en fin, la concentración y la publicidad de los actos.

Aunque dicho Código Tipo no fue asumido por muchos países¹⁴⁵, sirvió para que se iniciara en Latinoamérica un proceso con la “voluntad de dejar atrás vetustos esquemas basados en la escritura, de forma tal que todos los ordenamientos iberoamericanos apostaron decididamente por abrazar la oralidad y celebrar audiencias con el ánimo de mejorar la situación de la justicia”¹⁴⁶.

El eje central de la reforma procesal civil giró en torno a la audiencia preliminar¹⁴⁷, “cuya finalidad primordial era abreviar los desarrollos litigiosos mediante la concentración de actividades diversas pero susceptibles de ser agrupadas en un momento inicial inserto a continuación de la traba de la relación procesal”¹⁴⁸.

¹⁴⁴OMAR BERIZONCE, R. *La reforma de los sistemas de justicia civil en Iberoamérica*. Disponible en: <http://pmsj.org.pe/nweb/CEJA/CEJA/archivo/CIVIL/LINEASTENDENCIALES.pdf>

¹⁴⁵ El Código Tipo fue asumido por Uruguay, y en parte por Perú y Brasil.

¹⁴⁶OMAR BERIZONCE, R. Disponible en: <http://pmsj.org.pe/nweb/CEJA/CEJA/archivo/CIVIL/LINEASTENDENCIALES.pdf>

¹⁴⁷Vid. OMAR BERIZONCE, R. *La audiencia preliminar en el código procesal modelo para Iberoamérica*, México, 1993, pág. 52.

¹⁴⁸FAIRÉN GUILLÉN, V. “Sugerencias prácticas sobre el contenido de la audiencia preliminar.” Congreso Internacional. *Un codice civile tipo de procedura civile per l'america latina*. Roma, 1988, págs. 7-8.

Otro de los fundamentos que guiaron la reforma procesal latinoamericana fue la regulación de procedimientos que permitieran la satisfacción efectiva y concreta a los justiciables, “incidiendo sobre la tutela cautelar, preparatoria o urgente de forma que el transcurso del tiempo que consume un proceso no merme las legítimas expectativas de las partes”¹⁴⁹.

Este estímulo de las “medidas anticipatorias de la tutela”¹⁵⁰ alcanzó a la prueba anticipada y a su aseguramiento de modo tal que prácticamente todos los sistemas procesales latinoamericanos regularon alguna de estas instituciones, como tendremos oportunidad de comprobar más adelante.

Ante la dificultad de establecer unos parámetros claros de estudio de la legislación comparada en Latinoamérica dada la diversidad de naciones y de legislaciones, hemos decidido analizar:

- i) El Código Procesal Modelo Civil para Iberoamérica, asumido por Brasil, Perú y Uruguay.
- ii) Las normas de los países con mayor importancia geopolítica en Latinoamérica,

¹⁴⁹OMAR BERIZONCE, R. Disponible en: <http://pmsj.org.pe/nweb/CEJA/CEJA/archivo/CIVIL/LINEASTENDENCIALES.pdf>

¹⁵⁰DE LOS SANTOS, M.A. “La prueba en la tutela procesal anticipada.” *La Ley*, año LXXIII, núm. 126. Buenos Aires, pág. 1. “Las tutelas o procesos urgentes -categoría que comprende al amparo, a las medidas cautelares, la tutela anticipada y la autosatisfactiva- constituyen además un instrumento valioso para la prevención del ilícito o para evitar el agravamiento de sus consecuencias.”

iii) Por último, haremos una somera relación de los concretos artículos referidos al objeto del presente estudio, correspondiente a otros países que componen el continente suramericano.

3.2. Código Procesal Modelo Civil para Iberoamérica

El Código Procesal Modelo Civil para Iberoamérica fue asumido íntegramente por Uruguay y parcialmente por Perú y Brasil¹⁵¹.

El artículo 272 CPMCI, dispone:

En todo proceso podrá realizarse una etapa preliminar por iniciativa de parte y con la finalidad de: 1) determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes del futuro proceso; 2) anticipar el diligenciamiento de prueba que pudiere perderse si se espera a otra etapa; 3) practicar intimaciones para comprobar la mora y obtener elementos necesarios para el proceso tales como documentos, datos contables y otros similares; 4) practicar medidas cautelares o de garantía relacionadas con el proceso ulterior.

Así, la prueba anticipada queda regulada como parte de la etapa preliminar del proceso, dotada de un procedimiento autónomo y previsto con una clara finalidad preparatoria.

La legitimación corresponde al futuro demandante, y podrá ejecutarse sin audiencia de la contraparte, cuando la comunicación al futuro demandado pudiera “frustrar la finalidad y eficacia de la medida”.

¹⁵¹Fue adoptado íntegramente por Uruguay a través del Código General del Proceso de 1989, parcialmente por el Código Procesal Civil peruano de 1992 e incorporado a través de las reformas al Código brasileño a partir de 1994 (artículo 846 al 851 CPB).

En este caso, habrá de darse inmediato traslado a la contraparte para que tenga la oportunidad de completarla o de “presentar contraprueba al respecto”.

Admitida la práctica de la anticipación de forma contradictoria, la parte contra quien se pidiere la medida podrá oponerse o solicitar la modificación o la ampliación del objeto de la prueba. Tanto si se practica la prueba como si no, la ley permite la interposición del correspondiente “recurso de reposición y apelación de subsidio”.

3.3. Argentina

La prueba anticipada se legisla en el Derecho procesal argentino en el libro II del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dedicado a los procesos de conocimiento, bajo la rúbrica de las diligencias preliminares.

En concreto, el artículo 326 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

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. La absolución de posiciones podrá pedirse únicamente en proceso ya iniciado.*

La prueba anticipada ha sido definida “como la que tramitan con anterioridad a un proceso para procurar, a quien ha de ser parte en un juicio de conocimiento, hechos o informaciones que no podría obtener sin la actuación jurisdiccional”¹⁵².

Sus presupuestos son coincidentes con las medidas cautelares¹⁵³ de modo que el peticionante deberá acreditar la concurrencia del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, diferenciándose de aquéllas por la imposibilidad de adoptar la anticipación probatoria *inaudita parte*.

La anticipación probatoria se solicita y ejecuta *ante tempus* entablado o no el pleito, y tiene un carácter excepcional, preventivo y restrictivo.

¹⁵²FENOCHIETTO, C. E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado con los códigos provinciales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 389.

¹⁵³LINO, R.A. “Diligencias Preliminares y Prueba Anticipada” *Boletín temático de jurisprudencia*. Buenos Aires. Diciembre 2012, pág. 12. Sala IX Expte. N° 28.004/06, Sent. Int. N° 9.379 del 26/2/2007 “C/Sobreaguas S.A. y otros/accidente-acción civil”. (Corach - Pompa) Disponible en <http://noticias.elderecho.com.ar>. “El art. 326 del CPCCN, con referencia a la prueba anticipada, presenta una doble finalidad, ya que por un lado, no sólo se aspira por su intermedio a la producción anticipada de prueba, sino también contiene una finalidad cautelar destinada a evitar una posible frustración de la concreción de la medida en la etapa procesal natural. De este modo, en el caso, se advierte la finalidad perseguida por la actora al peticionar la diligencia de marras, la que consiste en tratar de lograr el resguardo de un elemento probatorio, a fin de evitar cualquier tipo de pérdida, alteración o destrucción, es decir que la razón de urgencia surgiría “*prima facie*” del temor que la prueba pudiera extraviarse.”

En caso de que la anticipación probatoria se proponga ya iniciado el proceso, el peticionante deberá acreditar, además de los requisitos generales, la existencia de motivos urgentes que lo haga necesario.

La legitimación corresponde “a los que sean o vayan a ser parte”, otorgando igualmente la iniciativa al órgano jurisdiccional cuando así lo dispusiere, en uso de las amplias facultades instructorias recogidas en el artículo 36 CPCCN, inc. 2º¹⁵⁴.

La ley faculta la anticipación de todos los medios de prueba con la salvedad de la *absolución de posiciones*, que sólo podrá anticiparse en aquellos casos en los que el proceso se encuentre trabado.

Las disposiciones analizadas no hacen una mención expresa a las normas de competencia, rigiendo por tanto las normas generales contenidas en el artículo 6 CPCCN, párrafo cuarto, que determina como competente para las medidas preliminares a aquél “que deba conocer en el proceso principal.”

¹⁵⁴PALACIO, L. Op. Cit. Pág. 347. Artículo 36 CPCCN: “Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán: 4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:

- a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;
- b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;
- c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389.

Sin perjuicio de lo expuesto, la normativa argentina prevé la posibilidad de solicitar y practicar anticipadamente determinados medios probatorios ante un juzgado incompetente¹⁵⁵, sin que ello suponga atribuirle la competencia por sumisión tácita, de manera que la posterior interposición de la demanda deberá realizarse ante el juez competente para conocer el asunto principal.

En la práctica de la prueba anticipada deberá respetarse el principio de contradicción¹⁵⁶ “que como garantía del debido proceso no se agota con la pura bilateralidad entre las pretensiones y defensas si no que se extiende naturalmente a la prueba”¹⁵⁷, de tal forma que, en la solicitud realizada con anterioridad al procedimiento, el peticionante deberá indicar los datos personales del futuro demandado.

¹⁵⁵GUAHNON, S. V. “Cuestiones de competencia en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.” *Compendio Jurídico*, Junio, 2012. Disponible en: <ftp://ftp.errepar.com.ar/Facebook/CompJuridico-Guahnon.pdf> “No obstante, también hay que tener en cuenta que el despacho de diligencias preliminares o prueba anticipada -salvo para quienes las consideran “medidas cautelares”-, debe estar precedido de un examen de la competencia, como así también, el proveimiento de medidas cautelares propiamente dichas, sin perjuicio de que, tal como lo establece el artículo 196, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones del Capítulo III, pero no prorrogará su competencia, a lo que se agrega que “el juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente.”

¹⁵⁶VESCOVI, E., VAZ FERREIRA, E. “Garantías fundamentales de los litigantes en el procedimiento civil.” *Revista de Estudios Procesales*, Edit. Centro de Estudios Procesales, Rosario, núm. 13, 1972, pág. 110. KIELMANOVICH, J. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 56. DEVIS ECHANDÍA. *Teoría general...* Op. Cit. Pág. 123.

¹⁵⁷SEBASTIÁN MIDÓN, M. *Derecho probatorio. Parte General*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2007, pág. 57.

En consecuencia, la práctica de la anticipación deberá ser notificada con suficiente antelación a la contraparte de forma que pueda conocer su objeto, y si no fuera posible su localización en tiempo y forma, se nombrará un defensor judicial a fin de que le represente.

3.4. Chile

El artículo 161 del Código de Procedimiento Civil chileno, legisla:

El futuro demandante o futuro demandado podrá solicitar que se interrogue anticipadamente a un testigo o perito si se temiere que no pudiere declarar en la audiencia correspondiente, por deber ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante.

Dichas medidas se caracterizan por ser necesariamente “judiciales, previas, preparatorias y taxativas”¹⁵⁸, de tramitación rápida y sencilla y pueden ser solicitadas tanto por el demandante como por el demandado, debiendo “el que las solicite expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos.”

La legitimación corresponde tanto al futuro demandante como al futuro demandado. Dado el tenor literal de la ley parece que únicamente se podrá solicitar la práctica anticipada de los testigos y peritos acreditando motivos fundados de abandono del país, la proximidad a la muerte u obstáculo semejante, siendo la regla general el respeto a la contradicción.

¹⁵⁸ Son ejemplos de ellas las siguientes: Art. 273 N°5 del CPC, Art. 281 del CPC, Art. 284 del CPC y Art. 286 del CPC.

3.5. México

El artículo 92 del Código Federal de Procedimientos Civiles, dispone:

En cualquier momento del juicio o antes de iniciarse éste, cuando se demuestre que haya peligro de que una persona desaparezca o se ausente del lugar del juicio, o de que una cosa desaparezca o se altere, y la declaración de la primera o la inspección de la segunda sea indispensable para la resolución de la cuestión controvertida, podrá el tribunal ordenar la recepción de la prueba.

El artículo 92 CFPC no hace mención alguna al sujeto que puede solicitar la prueba, por lo que deberemos entender que podrá ser el futuro demandante antes del inicio de la *litis* o ambas partes una vez interpuesta y contestada la demanda.

Igualmente “los tribunales podrán decretar en todo tiempo sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria”, sin mayor restricción que el respeto de los principios de igualdad y de audiencia y siempre que la prueba propuesta sea conducente para el conocimiento de la verdad¹⁵⁹. Es más, el juez no estará sujeto a las limitaciones o prohibiciones establecidas en relación con las partes en materia de prueba¹⁶⁰.

¹⁵⁹Artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: “Los tribunales podrán decretar en todo tiempo sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en toda su igualdad.”

¹⁶⁰FIX-ZAMUDIO, F. OVALLE FAVELA. *J Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, pág. 82.

Los presupuestos indicados en la norma para formular la petición son la posible desaparición o la ausencia de las personas y la alteración o destrucción de las cosas. *Ex* artículo 87 CFPC entendemos que la prueba con carácter anticipado “*debe*” ser recibida por el juzgado siendo su decisión apelable por la parte perjudicada.

Dichas pruebas deberán ser propuestas en los mismos términos que si se realizaran en el seno de un procedimiento judicial *ex* artículo 291 CFPC.

La falta de cooperación o la negativa de la parte que deba soportar la prueba, tendrá como consecuencia tener como ciertos o probados los hechos o los documentos que debían ser objeto de la práctica de prueba.

Asimismo, la legislación procesal faculta al juez “en todo tiempo” para que repita o amplíe la práctica de aquellos medios probatorios que estime oportunos, si con ello considera que va a obtener los datos necesarios para obtener la verdad acerca de los hechos alegados.

3.6. Colombia

En Colombia se recoge la prueba anticipada de forma separada al tratar cada uno de los medios probatorios, dejando lagunas importantes relacionadas con la forma de solicitar la anticipación o el proceso para evacuarla.

Así encontramos que a partir del artículo 294 CPCC se establecen de forma separada las particularidades que deben regir la prueba anticipada de cada medio probatorio.

El interrogatorio de las partes sólo se podrá solicitar “por una sola vez” ¹⁶¹ y la práctica de los “testimonios” deberá ser solicitada ante el juez del domicilio del testigo justificando que el mismo se encuentra gravemente enfermo. En caso de desconocer el lugar de residencia del testigo se procederá a su emplazamiento por edictos.

Por regla general, la prueba anticipada deberá practicarse respetando el principio de contradicción salvo en el caso del reconocimiento judicial anticipado, que podrá realizarse sin necesidad de que esté presente la parte contraria.

En la legislación colombiana se constata la existencia de lagunas jurídicas importantes en relación con el plazo de validez de la prueba o la reiteración de la prueba en el futuro juicio.

3.7. Otros países latinoamericanos

Como hemos adelantado al comienzo del presente epígrafe dedicado al estudio comparado de la prueba anticipada en Latinoamérica, prácticamente la totalidad de los países que la componen recogen normas que la disciplinan.

Así, en el presente apartado nos vamos a referir de manera muy breve a otros países que nos restan por analizar, y a los solos efectos de que el lector interesado en profundizar sobre la prueba anticipada pueda disponer de una herramienta con la que iniciar su estudio.

¹⁶¹BORJA NIÑO, M.A. *La prueba en el derecho colombiano - declaración de parte y confesión*. Sistemas & Computadores Ltda. Bucaramanga, 2001, pág.51.

En El Salvador y Nicaragua la prueba anticipada se regula en los artículos 323 CPES¹⁶² y 245 CPCN¹⁶³, aludiendo a la prueba anticipada y al aseguramiento de forma expresa y de forma muy similar a nuestra LEC.

Por último, tanto Panamá, en el artículo 815 CPPa¹⁶⁴, como Paraguay, en el artículo 270 CPPar¹⁶⁵, y finalmente Honduras en su artículo 246 CPH¹⁶⁶, disciplinan la prueba anticipada en muy parecidos términos a los ya expuestos en el resto de países latinoamericanos.

¹⁶²Artículo 323 CPES. “Las partes podrán solicitar del juez que esté conociendo del asunto la adopción de las medidas que estime pertinentes y adecuadas para proteger o conservar las fuentes de prueba relevantes para ellas.”

¹⁶³Artículo 245 CPN. “Cuando se solicite practicar la prueba anticipada antes del inicio del proceso, el solicitante designará la persona o personas a las que se proponga demandar, que serán citadas, con al menos cinco días de antelación, para que puedan intervenir en la práctica de prueba.”

¹⁶⁴ Artículo 815 CPPa. “Cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande y exista temor justificado de que eventualmente pueda faltarle un medio de prueba o hacersele difícil o impracticable su obtención en el momento oportuno, puede solicitar al juez que se practique de inmediato cualquiera de las siguientes pruebas: 1. Diligencia exhibitoria; 2. Testimonios prejudiciales.”

¹⁶⁵ Artículo 270 CPPar. “Quienes pueden pedir las y qué pruebas pueden pedirse. Los que pretendan demandar o crean que van a ser demandados, podrán pedir, antes de la demanda: a) que se verifique un reconocimiento judicial de los lugares o las cosas que habrán de ser motivo de prueba en el juicio y que están expuestas a transformarse o desaparecer en breve plazo; b) el reconocimiento de la firma de un documento privado emanado del que habrá de ser su adversario o de sus causantes a título universal o singular; c) que se reciba declaración de algún testigo de muy avanzada edad, o que se halle gravemente enfermo o próximo a ausentarse de la República; y d) el reconocimiento pericial del estado, calidad y cantidad de cosa de fácil descomposición, o que no pueda ser efectuado durante el juicio en condiciones convenientes.”

¹⁶⁶ Artículo 246 CPH. “1. Antes de iniciar en cualquier proceso, el futuro demandante podrá solicitar la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando se dieran razones de urgencia o existiera temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal ordinario. La solicitud se dirigirá al juez o tribunal que se considere competente para el conocimiento de la pretensión principal, que examinará de oficio su propia jurisdicción y competencia. 2. Durante la tramitación del proceso cualquiera de las partes podrá solicitar

4. Derecho inglés y estadounidense

4.1. Introducción

Estos Derechos regulan de forma detallada en sus normas procesales una figura inexistente en el Derecho continental europeo, el descubrimiento, denominado *discovery* en Estados Unidos y *disclosure* en Inglaterra¹⁶⁷.

La finalidad última de esta exhibición o descubrimiento es permitir a las partes verificar su verdadera posición respecto del objeto del proceso, mediante el examen de las fuentes de prueba propias y de la contraparte, al efecto de evitar la tramitación o la dilatación de aquellos procesos carentes de fundamento.

A los efectos del presente trabajo, en primer lugar, nos interesa determinar si las actuaciones anteriores al juicio que se ejecutan durante el descubrimiento, práctica del interrogatorio de partes o de los testigos, el cruce de documentación o la ejecución de informes periciales relativos al objeto del proceso, pueden llegar a considerarse como una actividad probatoria anticipatoria o asegurativa dirigida a lograr la convicción del juez o tribunal.

la práctica anticipada de prueba en los casos a que se refiere el numeral anterior.”

¹⁶⁷WEINGARTEN, M. Disponible en: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=28B837EC-AB93-4288-A4AC-558E34273E3F>. “*Be careful what you wish*” “El régimen de descubrimiento inglés (tenga en cuenta que ahora se llama “disclosure” no “discovery”) representa un camino intermedio sensato y viable; no deja de tener sus defectos pero está más controlado y es de menor aplicación que el descubrimiento regulado en Estados Unidos.”

En segundo lugar, independientemente de la respuesta que se obtenga respecto de la anterior cuestión, analizaremos las normas procesales inglesas y estadounidenses para comprobar la existencia de otros posibles procedimientos dirigidos a salvaguardar las fuentes o los medios de prueba.

4.2. Inglaterra

4.2.1. Introducción

La profunda reforma del sistema procesal civil inglés efectuada en el año 1998 trató de simplificar el lenguaje judicial, facilitar a los particulares el acceso a la justicia, pero por encima de todo, procuró instaurar las bases para la obtención de una administración justicia rápida y justa.

4.2.2. Protocolos previos al proceso

Para la obtención de este último fin, la ley fomenta de forma decidida la resolución extrajudicial de los conflictos, bien por la vía de los protocolos previos al proceso (*pre action protocols*), bien mediante el uso de los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR).

Los protocolos previos al proceso (*pre action protocols*) son procedimientos necesarios, reglados y extrajudiciales que deben ejecutarse por las partes antes del comienzo de un proceso, con el objetivo de alcanzar un acuerdo basado en una información real y tangible.

Los protocolos¹⁶⁸, como los procesos, están divididos según materias, siendo el protocolo regulado para la reclamación de daños personales el supletorio¹⁶⁹ de todos los demás¹⁷⁰. Fracasada la negociación extrajudicial los interesados son libres de acudir a los órganos jurisdiccionales para satisfacer sus derechos.

Ya en la vía judicial, la rápida y justa respuesta jurisdiccional pretende alcanzarse mediante el uso de dos herramientas diferentes pero complementarias.

La primera de ellas es el descubrimiento (*disclosure*) que permite a cada una de las partes conocer su verdadera posición respecto del proceso atendiendo no sólo a sus propios documentos, testigos y pericias sino a los de la contraparte.

La segunda vía para obtener una rápida respuesta judicial es la concesión a los jueces y tribunales de los más amplios poderes para que desarrollen la gestión procesal (*case management*), atribuyéndoles entre otras facultades la de dirigir el descubrimiento (*disclosure*), desestimar las demandas y las oposiciones carentes de base jurídica, así como imponer las costas en cualquier estado del procedimiento.

¹⁶⁸Reclamación de daños personales, responsabilidad médica, construcción e ingeniería, injurias y calumnias, negligencia y revisión judicial.

¹⁶⁹SIME S. *A Practical approach to civil procedure*, Oxford University Press, East Sussex, pág. 43.

¹⁷⁰ El procedimiento protocolario estándar comporta la ejecución de ciertas actividades *inter partes* antes de la interposición de la demanda. En primer lugar, los interesados deben realizar un intercambio de comunicaciones explicando su posición sobre el contencioso; en segundo lugar, si ayudara a la pronta resolución de la disputa, ambas partes procederán a la designación conjunta de un experto independiente; en tercer y último lugar, los futuros litigantes deberán proceder al intercambio de toda aquella documentación relevante relacionada con el objeto de la reclamación.

La particularidad de la legislación inglesa estriba en que los escritos dirigidos a los órganos jurisdiccionales se realizan por medio de formularios¹⁷¹ donde se recogen una serie de campos de ineludible cumplimentación.

4.2.3. Procedimiento formulario

El formulario que da inicio al proceso (*write of summons*) deberá contener los datos de las partes, una breve referencia al objeto del procedimiento, así como una declaración jurada de que lo relatado en el formulario responde a la realidad. Dada la escasez de espacio de los impresos de las demandas (*claim forms*) las partes podrán adjuntar todos los folios adicionales que sean necesarios para la correcta explicación de sus alegaciones así como todos aquellos documentos en los que funden su pretensión.

El demandado recibirá este escrito junto con el paquete de respuesta (*response pack*). Este paquete se compone de varios formularios denominados acuse de recibo, allanamiento o contestación a la demanda y reconvencción¹⁷².

Tras la recepción del escrito de contestación, o en su caso de la contestación a la reconvencción, las partes deberán celebrar una reunión a los efectos de intentar, de nuevo, alcanzar un acuerdo y concretar los hechos objeto del futuro proceso.

¹⁷¹Disponible en: www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules.

¹⁷²La traducción es nuestra.

Acreditada la celebración de la reunión, el juzgado remite a las partes el cuestionario de asignación de vía procedimental (*allocation questionnaire*) a fin de que se pronuncien sobre aspectos trascendentales relacionados con el cumplimiento de los protocolos, la conformidad o disconformidad sobre la competencia judicial y el tipo de procedimiento¹⁷³.

Además, en dicho documento las partes habrán de indicar los nombres de los futuros testigos y de los expertos de los que cada parte se pretenda valer, adjuntando igualmente el listado de los documentos que se hayan aportado al proceso. Por último, las partes deberán manifestar su posición respecto de las costas y hacer una estimación sobre la posible duración del juicio, determinando el número de días y de horas que consideran necesarias para su celebración.

4.2.4. El descubrimiento (*Disclosure*)

El descubrimiento (*disclosure*) inglés¹⁷⁴ comienza con la suscripción del cuestionario de asignación de vía procedimental (*allocation questionnaire*) donde quedan fijados los hechos por ambas partes y se detallarán las fuentes probatorias que serán objeto de exhibición.

La norma procesal inglesa permite en esta fase la exhibición de los documentos, las declaraciones de los testigos y los informes periciales.

¹⁷³Vid. LOUGHLIN, P, GERLIS, S. *Civil Procedure*, Cavendish, London, 2004, pág. 426.

¹⁷⁴ Para profundizar sobre el Disclosure Vid. TAPPER, C. “Cross & Tapper on Evidence” Oxford University press, Ashford Colour Press, Hampshire, pág. 273.

Estos documentos y las declaraciones escritas se exhiben con el fin de cada parte conozca su posición real en relación con el objeto del proceso.

El descubrimiento “estándar” de los documentos queda regulado en la norma (*rule*) 31.6¹⁷⁵ CPR y se refiere sólo a aquellos documentos directamente relacionados con el asunto en cuestión.

De esta manera, no existe obligación de exhibir aquellos documentos que no están directamente relacionados con el objeto del proceso pero que pueden llevar a obtener otros documentos que sí estén conectados con éste, tal y como sucede en el derecho estadounidense que luego analizaremos.

El descubrimiento documental mínimo o “estándar” podrá ser ampliado por el juez, a petición de cualquiera de las partes, mediante la emisión de un auto para una exhibición concreta (*order for specific disclosure*) fundada en la necesidad de mayor información.

Por lo que respecta a los testigos, el descubrimiento inglés permite su interrogatorio, a fin de comprobar su versión sobre los hechos ocurridos relacionados con el objeto del proceso.

¹⁷⁵Regla 31.6. CPR “El descubrimiento estándar requiere que la parte descubra sólo:

(a) los documentos en los que apoya su petición; y

(b) los documentos que :

(i) afecten a su propia reclamación;

(ii) afecten a la parte contraria; o

(iii) apoyen la postura de la parte contraria; y

(c) los documentos que deben ser descubiertos según alguna directriz. (La traducción es nuestra).

Sin embargo, al contrario de la normativa estadounidense a la que luego nos referiremos, la ley procesal inglesa no permite el interrogatorio de los testigos con el objetivo de obtener información sobre otras fuentes probatorias que pudieran estar relacionadas con el objeto del proceso.

El testimonio de los testigos recogido en esta fase procesal deberá quedar documentado en la forma establecida en los párrafos 17 y 18 de la directriz (*practice direction*) 32 CPR, y servirán de guía a las partes para conocer sobre qué cuestiones girará su interrogatorio en el futuro proceso.

La regla general es que estos documentos no accedan al proceso. Sin embargo, existen dos excepciones: que el testigo modifique la versión inicial de los hechos en el acto del juicio o que alguna de las partes solicite su introducción como prueba de referencia antes del comienzo del juicio.

La razón de esta restricción se basa en que la legislación inglesa impone, por medio de la regla 32.2 CPR¹⁷⁶, la presencia de los testigos en el acto del juicio, o al menos en una vista en presencia del juez o tribunal, al efecto de que el órgano jurisdiccional pueda valorar sus respuestas y su comportamiento en la sala.

¹⁷⁶ Regla 32.2 CPR: “(1) la regla general es que cualquier hecho que necesite ser probado por medio del interrogatorio de los testigos deberá ser acreditado:

(a) en el juicio, mediante testimonio realizado en público; y
(b) en cualquier otra vista, mediante su acreditación por escrito” (La traducción es nuestra).

Si la prueba del interrogatorio de los testigos se ejecuta en los términos antedichos la prueba se considera plena (*evidence in chief*). Por el contrario, cuando las partes pretendan apoyarse en los documentos elaborados durante el descubrimiento (*disclosure*), sin que su contenido sea ratificado por el testigo en el acto del juicio, la prueba será considerada como una prueba de referencia o como prueba indirecta (*hearsay evidence*)¹⁷⁷, de forma que su resultado tendrá un peso inferior, en términos valorativos, a la hora de dictar la sentencia.

Esta decisión de utilizar la declaración del testigo obtenida durante el descubrimiento (*disclosure*) puede adoptarse por variados motivos como en aquellos casos en los que la parte interesada es incapaz de conseguir que el testigo que participó en el descubrimiento comparezca ante el órgano jurisdiccional, o cuando se deduce que el testimonio del testigo no va a tener una importancia capital en el devenir del proceso, pero se quiere contar con él en el acto del juicio.

Por tanto, la diferencia esencial entre ambas pruebas radica en que la prueba plena se ejecuta ante el órgano jurisdiccional y permite la realización del interrogatorio cruzado, de manera que el representante de la parte a la que perjudica la prueba puede preguntar

¹⁷⁷ “Regla 32.5

(1) Si

(a) una parte ha aportado una declaración escrita de un testigo; y

(b) quiere apoyarse en ese testimonio en el acto del juicio,

la parte debe llamar al testigo para declarar oralmente salvo que el juzgado determine lo contrario o quiera considerar esa prueba como prueba indirecta.

(2) Cuando un testigo es llamado para declarar oralmente según lo dispuesto en el párrafo (1), su testimonio será considerado como una prueba plena salvo que el juzgado determine lo contrario.” (La traducción es nuestra).

directamente al testigo, al efecto de descubrir incoherencias o contradicciones en su testimonio.

Por el contrario, la prueba de referencia impide el acceso de los testigos al juicio y la consiguientemente ejecución de los interrogatorios inaplicándose, en consecuencia, el principio de inmediación, de ahí que la legislación inglesa la considere una prueba “de segunda”.

En tercer lugar, el descubrimiento (*disclosure*) permite la ejecución de informes periciales. La participación de los peritos en el curso del procedimiento deberá ser aceptada en todo caso por el órgano jurisdiccional, atendiendo al especial objeto del proceso y de la pericia así como a la cualificación del perito.

El experto deberá actuar de forma neutral y respetando en todo caso los tiempos marcados por el Juzgado, ya que la solicitud “de más tiempo para el cumplimiento del encargo significará el nombramiento de otro experto”¹⁷⁸.

La ley fomenta el nombramiento conjunto de peritos aunque las partes no quedarán sujetos a su decisión, pudiendo solicitar la opinión de un nuevo perito de parte en caso de no estar conformes con el resultado del informe pericial.

Dentro de las amplias facultades que la ley inglesa concede a los jueces, está la de concertar una vista con los peritos designados, en aquellos casos en los que el informe sea defectuoso o existan diferencias de opinión que impidan cumplir el encargo.

¹⁷⁸LOUGHLIN, P, GERLIS, S. Op. Cit., pág. 455.

Así las cosas, analizadas las posibles actuaciones a realizar durante el descubrimiento (*disclosure*) estamos en condiciones de afirmar que su *ratio* esencial es la verificación por las partes de su posición respecto del objeto del proceso, al efecto de evitar su continuación cuando de las actuaciones ejecutadas se desprenda la imposibilidad de acreditar sus pretensiones.

Por tanto, es evidente que el descubrimiento (*disclosure*) no pretende la protección de las fuentes o los medios de prueba mediante su aseguramiento o su anticipación antes del momento procesal oportuno.

Es decir, las actividades procesales anteriormente expuestas - interrogatorio de los testigos o la realización de informes periciales- no pretenden proteger la fuente de prueba que corre peligro de desaparición, ni tampoco mediante estas actuaciones procesales se pretende obtener el resultado anticipado de un medio de prueba que pelagra por razones humanas o naturales.

El fin último del descubrimiento (*disclosure*) es dar a conocer a las partes su verdadera posición respecto del objeto del proceso al efecto de que puedan analizar la conveniencia de seguir adelante con el mismo.

Así las cosas, comprobaremos a continuación si existen en la ley procesal inglesa institutos semejantes a la prueba anticipada o al aseguramiento de la prueba, tal y como se regula en nuestra ley procesal.

La respuesta a tal cuestión debe ser afirmativa. La norma 34.8 CPR¹⁷⁹ regula un procedimiento que tiene como finalidad anticipar el interrogatorio de un testigo que, tras participar en el descubrimiento (*disclosure*), no puede acudir al juicio por diversas razones. Estos impedimentos son variados y van desde el cambio de domicilio hasta el padecimiento de una enfermedad grave.

Por tanto, este procedimiento no comparte la finalidad del descubrimiento (*disclosure*) -adquirir conocimiento acerca de las fuentes de prueba- sino que pretende anticipar el resultado de un medio de prueba a fin de que esté disponible en el futuro juicio.

En estos casos, constatada la existencia de este temor que puede hacer imposible la presencia del testigo en el acto del juicio, la parte interesada puede solicitar la aplicación de la norma 34.8 CPR al efecto de impedir la pérdida del medio de prueba.

¹⁷⁹ Norma 34.8 CPR.

“(1) Una de las partes puede solicitar la emisión de un auto para que una persona pueda ser examinada antes de que la audiencia se lleve a cabo.

(2) La persona de la que se obtendrá la evidencia como consecuencia del auto emitido conforme a esta norma se denominará deponente y su testimonio deposición.

(3) La orden emitida conforme a esta norma tendrá por objeto que el deponente sea examinado bajo juramento ante

(a) un juez;

(b) un funcionario del juzgado; o

(c) la persona designada por el juzgado.” (La traducción es nuestra).

CHUDLEIG, M. “A Journey of Discovery: Obtaining and Preventing Discovery From Non-Parties in the United Kingdom” Disponible en: <http://www.sedgwicklaw.com/files/Publication> "Este procedimiento difiere de la deposición regulada en el ámbito EEUU y está permitido solo cuando el testigo no puede asistir al juicio y es capaz de producir una prueba admisible por lo que no puede equipararse al descubrimiento.” (La traducción es nuestra).

Esta prueba se ejecutará siguiendo las normas generales de la prueba del interrogatorio de los testigos y será dirigida por la persona designada al efecto, que puede ser el propio juez o una persona elegida por el juzgado. La prueba podrá desarrollarse en privado y deberá quedar recogida en su integridad para ser entregada al juzgado o tribunal y a la partes.

4.3. Derecho estadounidense

4.3.1. Introducción

El Derecho estadounidense se basa en el *common law* importado desde Inglaterra si bien contiene “ciertas alteraciones necesarias para adaptarlo a las condiciones particulares”¹⁸⁰ “de un país que recibió influencias de otros derechos como el español, y cuya configuración como una república federal”¹⁸¹ compuesta por Estados lo hace esencialmente diferente del Derecho inglés.

El *common law*¹⁸² estadounidense se basa, al igual que el Derecho inglés, en los precedentes, esto es, en el “conjunto de resoluciones judiciales que resuelven situaciones parecidas pero a diferencia de éste, el Derecho americano está en permanente evolución”¹⁸³ lo que

¹⁸⁰DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Trad. Jorge Sánchez Cordero, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pág. 284.

¹⁸¹MORINEAU, M. *Una introducción al common law, 2a. reimpr.*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pág. 69.

¹⁸²*Ibidem.* Pág. 69.

¹⁸³TUNC, A. TUNC, S. *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique. Tome deuxième: Le système constitutionnel actuel.* Donat Montchrestien, Paris, 1957, pág. 315. “Al rechazar el principio más fundamental de la técnica del *common law* inglés, ha establecido su libertad, y se propone estar siempre en condiciones de evolucionar, conforme a las cambiantes necesidades de la justicia.”

provoca la continua modificación de la jurisprudencia que se adapta a las realidades de cada época.

Nuestro estudio de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba se centrará en las *Federal Rules of Civil Procedure* (en adelante, FRCP) aplicables a toda la nación. Dicha decisión se fundamenta, primero, en que sería impensable realizar un análisis exhaustivo de cada una de las 52 legislaciones estatales existentes, y segundo, en que las normas federales han sido en múltiples casos asumidas por las diferentes leyes estatales¹⁸⁴.

En este caso, al igual que hemos hecho en el epígrafe anterior vamos a tratar de comprobar si durante el descubrimiento (*discovery*) se realizan actuaciones que se asemejen a la anticipación o al aseguramiento de la prueba.

Hecho dicho análisis, realizaremos un estudio de la legislación procesal estadounidense para verificar la existencia de otros procedimientos dirigidos a anticipar o asegurar los medios o las fuentes de prueba.

4.3.2. El descubrimiento (*Discovery*)

El descubrimiento americano es un procedimiento formal, no uniforme y judicial que se “guía por el sentido común y la justicia”¹⁸⁵.

¹⁸⁴FRIEDENTHAL, J.H, KANE, M.K., MILLER, A.R., *Civil Procedure*, Thomson, USA, 1999, pág. 408.

¹⁸⁵SCHWARZER, W., HIRSCH, A. The elements of case management, *Federal Judicial Center*, 2006, pág. 3.

Este procedimiento implica para todas las partes involucradas en el proceso, el intercambio de las fuentes de prueba de las que se valdrán durante el proceso y que servirán de base para el sostenimiento de sus respectivas pretensiones. El descubrimiento (*discovery*) estadounidense es más amplio que el descubrimiento (*disclosure*) inglés, puesto que tiene otro fin complementario al expuesto en el epígrafe anterior, la localización de las fuentes probatorias, directas o indirectas, que puedan tener relación con el objeto del proceso.

En consecuencia, las partes están obligadas a descubrir todos aquellos documentos, informes periciales, listas de los testigos así como toda la información que tenga una relación más o menos íntima con el objeto del pleito, de forma que no se produzca lo que la práctica americana denomina juicio por emboscada (*trial by ambush*).

Los objetivos del descubrimiento son variados. En primer lugar, procura determinar todas las fuentes de prueba admisibles en el posterior juicio¹⁸⁶, de forma que las partes puedan ejercitar sus derechos sin merma alguna.

En segundo lugar, se pretenden evitar futuras sorpresas fijando desde un momento temprano el objeto del procedimiento, eliminando así discusiones ficticias o irrelevantes.

En tercer y último lugar, el descubrimiento facilita la conciliación consiguiendo una justicia justa, rápida y económica.

¹⁸⁶ROWE, T.D. "A square peg a round hole? The 2000 limitation on the scope of federal civil discovery." *Duke Law Journal*, Carolina del Norte, 1980. Disponible en: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1812&context=faculty_scholarship Pág. 13

El descubrimiento no es absoluto y sus límites se hayan nítidamente marcados en la ley, en consecuencia, sólo se descubrirán aquellos documentos o informaciones que sean relevantes para la resolución del litigio, con excepción de aquéllos amparados por el secreto profesional¹⁸⁷ o que se hayan elaborado específicamente para la preparación del caso concreto.

Por lo que respecta al tipo de información, no solo se aportará aquella información que *per se* pueda aportar datos relevantes al proceso, sino que el mandato legal impone descubrir también aquellos documentos o testigos no relevantes que puedan llevar a descubrir información relevante *v.gr.* testigos por referencia.

Se trata de un procedimiento ajeno al órgano jurisdiccional. El juez sólo participa para determinar los plazos en los que debe efectuarse el descubrimiento y para resolver las posibles disputas que puedan surgir entre los litigantes, en relación con las diversas actividades a realizar para la obtención de las fuentes probatorias.

El procedimiento del descubrimiento está regulado en el título V, regla 26 de las FRCP¹⁸⁸ y otorga a los litigantes un plan de actuación para proceder al intercambio de toda la información referida al objeto del proceso.

¹⁸⁷BEST, R. E. *Discovery & Privileged case book 2004*. Disponible en: http://california-discovery-law.com/introduction_to_discovery.pdf.

¹⁸⁸ Regla 26 Federal Civil Procedure Rules.

“(1) Descubrimiento inicial.

(A) En general. Con excepción de lo establecido en la regla 26(a)(1)(B) o se hubiera acordado de otra manera o fuera ordenado por el juzgado, la parte debe, sin esperar una orden de descubrimiento, entregar a las otras partes:...”

Tras la interposición de la demanda y la contestación, y sin necesidad de resolución judicial, las partes están obligadas a suministrar los datos de contacto de las personas o empresas que pudieran tener información relativa al objeto del procedimiento, así como determinar los archivos electrónicos, los documentos y los objetos de los que disponga que igualmente puedan estar relacionados con el objeto del proceso.

A continuación la ley compele a las partes y a sus abogados a celebrar una reunión en la que deberán intentar llegar a un acuerdo, y en su defecto, deberán determinar la información a intercambiar y confeccionar un plan para el efectivo desarrollo del descubrimiento.

En este plan se detallan minuciosamente el número de interrogatorios de parte y de los testigos a efectuar, el tiempo máximo de cada interrogatorio así como el número de peticiones de documentos que se podrán realizar.

Igualmente quedarán determinadas las fechas límite para el intercambio de la información, al igual que las fechas para las diferentes vistas que se prevean celebrar. Este plan será evaluado por el juez en la vista de programación (*Scheduling conference*) también denominada *Preliminar Pretrial Conference* o *Status Conference* cuya celebración no podrá demorarse en más de 120 días desde la notificación de la demanda al demandado.

Esta vista no tiene únicamente estos objetivos y puede ser aprovechada por el juez y las representaciones procesales de las partes para discutir la jurisdicción y la competencia del juzgado, valorar de nuevo sus respectivas posiciones en el proceso, fijar el objeto del proceso al efecto de que el descubrimiento sea efectivo o, en fin, alcanzar un acuerdo.

Tras la celebración de dicha vista el juez emitirá una resolución denominada orden de calendario procesal (*Scheduling Order*) también llamada *Case Management Order* en la que fijará las fechas máximas en que deberá haber concluido el intercambio de la información y de los documentos entre las partes.

Asimismo, dicha resolución determinará las fechas en la que se celebrarán los interrogatorios de los expertos y los testigos, así como el *dies a quo* para modificar las pretensiones o interponer los recursos frente a los posibles incumplimientos de la contraparte. Finalmente se determinará la fecha para la celebración del juicio.

Las actuaciones a realizar durante el descubrimiento son variadas, pudiendo ejecutarse diligencias personales o reales.

En primer lugar, las partes cuentan con los interrogatorios (*interrogatories*) y los testimonios (*depositions*) equivalentes al interrogatorio de parte y de los testigos. Los primeros se realizan por escrito y se dirigen a la contraparte al efecto de obtener la información necesaria sobre las fuentes de prueba que obran en su poder y que pueden tener relevancia respecto del objeto del procedimiento. Los segundos se ejecutan de manera verbal

dirigiéndose a las partes y/o a los testigos, a fin de obtener datos o información sobre el fondo del asunto.

En segundo lugar, las partes pueden recurrir a la solicitud de admisión (*request for admission*) y a la solicitud de entrega de documentos (*request to produce*).

La solicitud de admisión (*request for admission*), pretende la admisión por la contraparte de uno o varios hechos objeto de la reclamación, al efecto de evitar tener que practicar prueba sobre ellos, mientras que las solicitudes de entrega de documentos (*request to produce*) son requerimientos dirigidos a la contraparte a fin de que dé por cierto el material documental que obra en su poder.

Por último, y con el mismo objetivo de obtener documentos que se encuentran bajo el dominio de terceros ajenos al procedimiento, las partes pueden solicitar la emisión de citaciones (*subpoenas duce tecum*).

La conclusión a la que se arriba tras analizar detenidamente las diferentes actuaciones procesales que conlleva la ejecución del descubrimiento (*discovery*) es que este procedimiento no pretende anticipar ni asegurar los medios o las fuentes de prueba, sino obtener todas y cada una de las fuentes de pruebas relacionadas con el proceso, al efecto de que las partes puedan conocer su posición real frente al objeto del proceso¹⁸⁹.

¹⁸⁹KERLEY, P., BANKER HAMES, J., SUKYS, J.D. *Civil Litigation*, Cengage Learning, 2015, United States of America, pág. 230. “Como se ha dicho, uno de los objetivos principales del descubrimiento es prevenir que una de las partes gane el proceso por sorpresa o mediante engaños. Otro objetivo es comprobar la realidad o la falsedad de los hechos alegados que son la base de la reclamación. El tercer objetivo del descubrimiento es examinar los

4.3.3. Los testimonios para perpetua memoria (*deposition to perpetuate testimony*) y para bien ser (*deposition bene esse*)

Al margen del descubrimiento, las FRCP regulan la posibilidad de solicitar, antes del inicio del proceso¹⁹⁰e incluso pendiente una apelación¹⁹¹, la anticipación de ciertos medios probatorios tales como el interrogatorio de algún testigo o la realización de exámenes psicológicos¹⁹².

Estas actuaciones, por tanto, no pueden ser consideradas como parte del descubrimiento y su objetivo es la práctica de un medio probatorio, de modo que su resultado pueda estar disponible para su valoración en el proceso iniciado o que está por iniciarse.

Los testimonios para perpetua memoria (*deposition to perpetuate testimony*) tienen su origen en la ley de 1938 que fue reformada posteriormente en el año 1946¹⁹³. Esta reforma procesal amplió la protección de las fuentes probatorias admitiendo la anticipación de la inspección ocular, el aseguramiento de ciertos bienes tangibles así

hechos y valorar la conveniencia del proceso o de alcanzar un acuerdo.” (La traducción es nuestra).

¹⁹⁰PECK, W. R. “Depositions, Proceedings to Perpetuate Testimony, Interrogatories to parties: The Federal Rules and the California Law”, pág. 925 Disponible en

[:http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3272&context=californialawreview](http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3272&context=californialawreview). GRAIG, J. E. “Taking and Using Depositions Before Action or in Federal Court Pending Appeal” Disponible en: <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1596&context=facpub>

¹⁹¹PECK, W. R. Op. Cit. Pág.929.

¹⁹² ROSENTHAL, L H., LEVI, D.F, RABIEJ, J.K., *Federal Civil Procedure Manual*, Juris Publishing INC, Huntington, 2015, pág. 550.

¹⁹³HARDY, S.J., HEATHER, M.N. “Expansion of pre-suit discovery in federal courts. Preparing for the brave new world.” *FDCC Quarterly*; núm. 4, 2011, pág. 408.

como la realización de exámenes psicológicos con anterioridad a la interposición de la demanda.

Los testimonios para perpetua memoria están recogidos en el artículo 27 de las FRCP¹⁹⁴ y su finalidad inicial fue permitir la anticipación de la práctica de un interrogatorio de un testigo antes de plantearse la correspondiente demanda ante la previsión de su pérdida.

La legitimación para solicitar los testimonios para perpetua memoria la ostentan tanto el demandante como el demandado, recayendo sobre el primero la carga de probar su intención de iniciar una determinada acción sobre el demandado. La ley otorga igualmente la iniciativa al órgano jurisdiccional que podrá decretar la anticipación en virtud del apartado (c) de la regla 27 FRCP.

La competencia para conocer la solicitud de prueba anticipada viene atribuida a los juzgados y tribunales del domicilio del demandado. El motivo de esta petición de anticipación no es otro que la existencia de un “peligro sustancial” que presuma la pérdida de una fuente probatoria.

El procedimiento es sencillo. El solicitante deberá manifestar su intención de interponer una demanda, determinando el domicilio y los demás datos del futuro demandado. Igualmente, la petición deberá contener una breve exposición del objeto del futuro proceso así como una relación circunstanciada de los hechos que el solicitante pretende obtener tras la ejecución del interrogatorio.

¹⁹⁴ Regla 27 FRCP “(a) Antes de iniciar una acción.

(1) Solicitud. Una persona que quiere resguardar un testimonio sobre una materia que puede ser conocida en un juzgado de los Estados Unidos debe interponer una solicitud ante el juez del distrito donde se cree que la parte contraria reside.” (La traducción es nuestra)

En línea con lo anterior, el peticionante deberá demostrar la relación y la relevancia del testigo respecto del objeto del procedimiento, manifestando los extremos sobre los que aportará información dicho medio probatorio. Si se acreditan los requisitos legales para proceder a la anticipación, el juzgado dictará una resolución en la que detallará el objeto del interrogatorio indicando si el mismo se realizará oralmente o por escrito.

Esta resolución será notificada al sujeto pasivo del interrogatorio con 21 días de antelación al señalamiento. Si por cualquier circunstancia no se pudiera notificar el señalamiento al futuro demandado, el juzgado nombrará a un abogado para que le represente.

La práctica americana determina posibilidad de reiterar la prueba anticipada si en el momento del juicio esta actuación es posible, con el objetivo de obtener una declaración más completa que ayude a la resolución de la disputa¹⁹⁵.

Igualmente, la ley estadounidense regula los testimonios para bien ser (*depositions bene esse*)¹⁹⁶, que tienen idéntica finalidad que los testimonios para perpetua memoria -la práctica anticipada de un medio de prueba-, pero su ejecución se produce en el seno de un procedimiento ya iniciado y ya finalizado el descubrimiento (*discovery*)¹⁹⁷.

¹⁹⁵ MOORE, S. *Deposition Dissection: A Handbook for Doctors Facing Deposition*, Lawyers & judges Publishing Company, INC, United States, 2005, pág. 24.

¹⁹⁶ GARNER, B.A. *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford University Press, United States of America, 1987, pág. 250. MALONE, D. M. *Deposition Rules: The Essential Handbook to Who, What, When, Where, Why, and how*, Nita Editorial, United States, 2005, pág. 46.

¹⁹⁷ Disponible en: <http://us.practicallaw.com/5-586-8045>. “El testimonio para bien ser es un testimonio que se ejecuta con el solo propósito de

Esta actuación da solución, por tanto, a las diversas dificultades que pueden producirse respecto del interrogatorio de los testigos entre el inicio del proceso y la celebración del correspondiente juicio. Las causas tasadas por las que se pueden solicitar este tipo de prueba anticipada están indicadas en regla 32. (a), 4 FRCP entre las que encontramos la enfermedad, a avanzada edad, la privación de libertad o cualquier causa análoga que pueda impedir la presencia del testigo el día del juicio.

preservar el testimonio de un testigo para su uso en el proceso más que para el descubrimiento. El testimonio para bien ser se realiza frecuentemente después de que el descubrimiento haya tenido lugar y se utilizan cuando se prevé que el testigo no estará disponible para el juicio por alguna de las razones determinadas en el regla 32(a)(4) de la FRCP.” (La traducción es nuestra).

CAPÍTULO CUARTO. CARACTERÍSTICAS Y PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA ANTICIPADA Y EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. Introducción

Sentado lo anterior, vamos a dedicar los restantes capítulos de este trabajo a estudiar el régimen jurídico de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba en la vigente LEC española, comenzando por enumerar sus características propias.

A continuación, diferenciaremos ambas figuras de otras figuras afines, las diligencias preliminares y las medidas cautelares, con las que indudablemente comparten un objetivo común, el aseguramiento del ejercicio de la potestad jurisdiccional, e importantes características como tendremos oportunidad de comprobar más adelante.

Seguidamente, analizaremos aquellos elementos que verdaderamente ayudan a distinguir la prueba anticipada y al aseguramiento de las diligencias preliminares y la medidas cautelares.

Finalmente, nos referiremos a los presupuestos de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba, incidiendo en su presupuesto esencial, el temor fundado.

2. Características comunes de la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba

2.1. Introducción

En el ámbito penal, el ejercicio de la tutela jurisdiccional se asegura con la tramitación de un procedimiento preliminar cuyo objetivo esencial es determinar si se han producido hechos que revistan caracteres de delito así como identificar a sus autores.

Esta investigación previa al juicio oral se realiza durante el sumario o la instrucción y se desarrolla mediante la práctica de sucesivas actuaciones procesales, “dirigidas por el juez en virtud de la aplicación del principio de oficialidad”¹⁹⁸.

Durante la tramitación de este procedimiento preliminar se ejecutan actuaciones que tienden, como hemos dicho, a asegurar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, mediante la realización de diligencias tales como la declaración de los testigos, la recogida del arma del delito, la identificación del supuesto delincuente o la inspección ocular.

Por el contrario, en el proceso civil¹⁹⁹ por la vigencia del principio dispositivo así como de los diversos intereses particulares que subyacen, el legislador no ha previsto herramienta alguna para que el juez o tribunal, con anterioridad al juicio o a la vista, averigüe ni compruebe la realidad de los hechos alegados por las partes.

¹⁹⁸Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. (Coord.) *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007. Pág.32.

¹⁹⁹Exponiendo sexto de la Exposición de Motivos de LEC: “No se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho... Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela”.

Por tanto, recae sobre las partes la carga de reconstruir, presentar y probar al órgano jurisdiccional “la pequeña historia del proceso”²⁰⁰. Habrá supuestos en los que esta reconstrucción y prueba de los hechos objeto del futuro proceso pueda ser fácilmente realizada porque los “datos”²⁰¹ bien obren en poder de las partes, bien puedan obtenerse a través de los diferentes registros públicos, o por medio de su reclamación a terceras personas.

Por el contrario, habrá supuestos en los que la obtención y prueba de los datos que deben ser trasladados al proceso sea muy difícil o casi imposible, por no constar en registros públicos o por no poder obtenerlos de forma voluntaria de terceros, siendo necesario en tales casos efectuar una “actividad “policial” de parte o una instrucción civil preprocesal”²⁰² con la ayuda de los órganos jurisdiccionales.

Esta actividad se desarrolla mediante el uso de tres herramientas que facilitan el alcance de todos estos objetivos, las diligencias preliminares, la prueba anticipada y, finalmente, el aseguramiento de la prueba²⁰³.

²⁰⁰DE LA OLIVA SANTOS, A. (Coord.) *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 38.

²⁰¹GUASP, J., ARAGONESES, P. Op. Cit. Pág. 341.

²⁰²GIMENO SENDRA, V. (Coord.) Op. Cit. Pág. 3-10.

²⁰³ILLESCAS RUS, A. “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su repercusión en los procesos del automóvil”. Disponible en www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon5.pdf. “A diferencia de la LEC de 1881, que parece regida por la máxima “*nihil ante litem*”, la LEC 1/2000 es asaz generosa con las actividades que pueden solicitarse de los órganos jurisdiccionales quienes se propongan iniciar un proceso. Estos institutos se ordenan a evitar que, por una plural variedad de causas, la tutela que se vaya a impetrar de aquéllos no resulte en último término ilusoria. Unas, como las medidas cautelares se encaminan a asegurar preventivamente la efectividad del eventual pronunciamiento definitivo que se quiere y afirma favorable. Otras, en cambio, se dirigen a preservar no ese *posterius*, sino el *prius* representado por los derechos instrumentales precisos para que la tutela solicitada pueda ser finalmente reconocida.”

Todas ellas comparten algún presupuesto o poseen características comunes pero la finalidad de cada una de ellas es distinta y no debe ser confundida so pena de perder la específica tutela que cada una de ellas ofrece²⁰⁴.

2.2. Características de la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba

Como tendremos la oportunidad de comprobar a lo largo de las próximas líneas, las características propias de ambas figuras coinciden en su práctica totalidad.

2.2.1. Judicialidad o jurisdiccionalidad

Las figuras aquí analizadas deben ser solicitadas y tramitadas ante el órgano jurisdiccional correspondiente para que desplieguen su eficacia, sin que quepa, en consecuencia, acudir a otras vías como la preconstitución de la prueba o la jurisdicción voluntaria.

²⁰⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 14 de diciembre de 2010. AAP B 5857/2010 “En realidad, lo que parece interesar a la solicitante es la valoración pericial de los bienes e instalaciones de las parcelas (así expresamente lo pide al amparo del art.727.4º LEC), y siendo ello así, lo procedente no es interesar la adopción de medidas cautelares que carecen de la necesaria instrumentalidad con relación a la acción que se pretende ejercitar sino más bien solicitar la práctica de prueba anticipada conforme a los arts.293 y sgs LEC. En consecuencia, las medidas cautelares interesadas deben ser rechazadas en atención a lo dispuesto en el precitado art.726.1.1ª LEC.” Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Tercera, 21 de octubre de 2010. “Compartimos igualmente que en este supuesto se dirige la solicitud a obtener una prueba anticipada, fin vedado a las diligencias preliminares, sin perjuicio de que se despliegue la actuación probatoria en el proceso a demostrar que un hecho -en este caso que no dirigió orden de venta legal- se verifique dentro del procedimiento.”

“Es casi innecesario aludir a este carácter pues dimana de la misma potestad jurisdiccional (art. 117 CE)”²⁰⁵ que entre otras atribuciones “comporta el control y la dirección del procedimiento [probatorio] con escrupuloso respeto del debido proceso”²⁰⁶. Por tanto, aplicando analógicamente cuanto afirma VALLS GOMBAU en relación con las medidas cautelares, podemos afirmar que el procedimiento probatorio es una “labor propia, exclusiva y excluyente del personal jurisdiccional”²⁰⁷.

Esta afirmación tiene su sustento en que la sección 4ª del Capítulo V, Título I del Libro II de la LEC, se refiere al juez o al tribunal como los órganos competentes para acordar, y en su caso, practicar la anticipación o el aseguramiento de la prueba.

La atribución a los órganos jurisdiccionales del conocimiento de este tipo de actos, “es consecuencia de la afectación que pueden sufrir los derechos de los particulares y de que deben ir acompañados de las máximas garantías que sólo conceden los procesos desarrollados ante los órganos jurisdiccionales”²⁰⁸.

²⁰⁵VALLS GOMBAU, J.F. (Coord.) *Las medidas cautelares y los recursos*. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 45. Esta cita se refiere a las medidas cautelares pero nos parece que tiene perfecta aplicación en relación con la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷GARBERÍ LLOBREGAT, J., TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., CASERO LINARES, L. *Las medidas cautelares en la ley de enjuiciamiento civil*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 74. En razón del parecido existente entre las medidas de aseguramiento y las medidas cautelares, traemos a colación una cita relacionada con las medidas cautelares, las cuales entendemos que tienen cabida al referirnos al aseguramiento de la prueba.

²⁰⁸BANACLOCHE PALAO, J. Op. Cit. pág. 32. Esta cita se refiere a las diligencias preliminares pero nos parece que tiene perfecta aplicación en relación con la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba.

Otros autores consideran que dicha característica deriva de la condición de actos procesales de la anticipación y el aseguramiento, para cuya validez es necesaria la intervención del juez al efecto de “garantizar el principio de inmediación”²⁰⁹ en sentido amplio.

Sentado lo anterior, debemos destacar que hasta hace escasos meses existían determinados actos contenidos en la ALEC referentes a la jurisdicción voluntaria²¹⁰, que podían ser realizados bajo la supervisión del juez o de determinados agentes administrativos, que podían considerarse como un obstáculo a la hora de afirmar la judicialidad o la jurisdiccionalidad del aseguramiento o de la anticipación de la prueba.

Al hilo de lo expuesto en el párrafo inmediatamente anterior, debemos recordar que hasta la promulgación de la ALEC 1855 no se disciplinó de forma precisa la anticipación de la prueba y que el aseguramiento de la prueba no fue objeto de regulación hasta la LEC 1/2000, de 7 de enero.

Igualmente hemos podido comprobar en el epígrafe 6.2.1 del capítulo segundo, como la primigenia regulación de la prueba anticipada fue parca y muy limitada, permitiendo únicamente la prueba anticipada del interrogatorio de los testigos, lo que provocó que los interesados recurrieran a la preconstitución de las pruebas fuera del proceso²¹¹,

²⁰⁹SEOANE SPIEGELBERG, J.L. *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, Aranzadi, Navarra, pág. 178.

²¹⁰ Las informaciones para perpetua memoria, el reconocimiento pericial o judicial regulado en los artículos 2126 y 2127 ALEC, la apertura de escotillas contemplada en el artículo 2169 ALEC.

²¹¹ Vid epígrafe 6.4.2.2. Capítulo Segundo. MONTERO AROCA, J. *La prueba...* Op. Cit. Pág. 157. “La prueba preconstituida sería el “escrito de un tercero en el que hacen declaraciones de conocimiento de los hechos que importan en el proceso: Indudablemente ese escrito no es ni un documento

aunque la misma no fuera admitida por la doctrina ni la jurisprudencia²¹².

Sin embargo, esta situación ha cambiado radicalmente con la aprobación de nuestra actual ley procesal, así como con la aprobación de la ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria (en adelante, LJV).

La LEC ha articulado la anticipación y el aseguramiento de la prueba, ampliando significativamente su ámbito de actuación y permitiendo a los particulares contar efectivamente con las fuentes y los medios probatorios en el proceso judicial.

La consecuencia de este desarrollo legislativo ha culminado con la eliminación de los procedimientos anticipatorios regulados en los preceptos contenidos en la ALEC referentes a la jurisdicción voluntaria, de forma que desde la promulgación de la LEC y la aprobación de la vigente LJV, ya no existen otros caminos para proceder al aseguramiento y a la anticipación de los medios de prueba que los previstos en los artículos 293 a 298 LEC.

2.2.2. Temporalidad

La anticipación y el aseguramiento pueden solicitarse y adoptarse estando pendiente un proceso principal e incluso con anterioridad a éste, quedando en este último supuesto condicionada su eficacia a la

ni un declaración testifical, y no puede tener valor probatorio al faltarle nada menos que la esencia de la prueba testifical como es la contradicción.”

iniciación del procedimiento judicial, “operando la no incoación del proceso dentro de cierto plazo como condición resolutoria”²¹³.

Ex artículo 295.3º LEC, la ley niega cualquier valor probatorio a lo actuado de manera anticipada *ante demandam* si no se interpone la correspondiente demanda en el plazo de dos meses desde la práctica de la prueba anticipada.

De la misma manera, el aseguramiento probatorio acordado *ante demandam* perderá su eficacia, en caso de que el interesado no inste la oportuna demanda en el plazo de 20 días desde la adopción de la medida asegurativa.

Evidentemente esta temporalidad sólo es predicable de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba ejecutada con anterioridad al inicio del proceso. Cuando ambas actuaciones se ejecuten con anterioridad al momento procesal ordinario, existiendo ya litispendencia, consideramos que en la práctica totalidad de los casos su resultado no perderá su valor por razones evidentes: resulta lógico pensar que en este tipo de situaciones *lite pendente*, el proceso iniciado seguirá su curso y las actuaciones ejecutadas quedarán bajo la custodia del secretario judicial hasta el momento procesal oportuno.

2.2.3. Dispositividad²¹⁴

²¹³ORTELLS RAMOS, M. “*Las medidas cautelares*”, La Ley, Madrid, 2010, pág. 39. Esta afirmación recogida por el citado autor en sede de medidas cautelares nos ha parecido muy apropiada para el objeto de nuestro estudio.

²¹⁴VALLS GOMBAU, J.F. (Coord.) Op. Cit. Pág. 46.

En principio, parece claro que la vigencia de los principios dispositivo y de aportación de parte²¹⁵ que rigen el proceso civil veda cualquier tipo de intervención judicial de oficio, en orden a asegurar o a practicar una prueba de forma anticipada.

Por tanto, conforme a los artículos 216²¹⁶ y 282²¹⁷ LEC queda en manos de los interesados, o de los ya litigantes, decidir sobre la oportunidad de solicitar la práctica anticipada de un medio probatorio o el aseguramiento de una determinada fuente de prueba. Sin embargo, esta claridad ha podido verse enturbiada por la introducción del artículo 429.1.II LEC²¹⁸ que parece que ha abierto un pequeño resquicio a la proposición de pruebas de oficio.

Esta disposición -que permite al juez o tribunal “sugerir” a las partes que propongan alguna prueba adicional ante una eventual “insuficiencia probatoria”- provocó una verdadera turbulencia entre nuestros tratadistas, algunos de los cuales entendieron que con esta

²¹⁵MAGRO SERVET. V. *Guía Práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 1150.

²¹⁶ Artículo 216 LEC: “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.”

²¹⁷ Artículo 282 LEC: “Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.”

²¹⁸ Artículo 429.1.II “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.”

norma se vulneraba el principio dispositivo acercando nuestro proceso a los regímenes totalitarios²¹⁹.

Dejando a un lado el debate doctrinal, la regla general impuesta por nuestra LEC es que “la iniciativa probatoria corresponde a las partes y excepcionalmente al tribunal”²²⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo que interesa en este momento de nuestro estudio es determinar si excepcionalmente el órgano jurisdiccional podría decretar de oficio, la anticipación o el aseguramiento de alguna fuente probatoria con base en el citado artículo 429.1.II LEC.

²¹⁹No todos son de la misma opinión. ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. J.M. Bosch, Barcelona, 2003, pág. 35. “Sobre la valoración que nos merece la figura creada en el párrafo 2 del apartado 1º del art. 429 LEC, disintimos respetuosamente de la idea consistente en que el modelo de juez que surge de la misma sea un modelo autoritario. Más bien se trata de un juez implicado en la reconstrucción histórica de los hechos, en cuanto que la finalidad que guía su actuación es doble: por una parte, convertirse en un mecanismo efectivo para la consecución de la paz social, dando cumplida satisfacción a los intereses particulares que acuden a los tribunales en busca de una solución a sus conflictos. Y por otra parte, hay una clara finalidad de obtener no cualquier solución al conflicto planteado, sino una solución que se ajuste a la realidad histórica de ese conflicto lo cual permitirá que esa decisión pueda cumplir los baremos de justicia que como valor supremo es uno de los que informan a nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto.” MONTERO AROCA, J. (Coord.) *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado, Proceso Civil e ideología*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pág. 126.

²²⁰ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (Coord.) *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Colex, Barcelona, 2000, pág. 29. En su opinión, el tribunal tendría la posibilidad de acordar de oficio únicamente la práctica de determinadas pruebas *ex* artículos 339.5, 752.1, 759, 770.4 LEC.

Por un lado, representando la corriente publicista del proceso, BONET NAVARRO²²¹ se muestra favorable a una posible actuación de oficio por parte del juez o tribunal. Afirma dicho autor que “resulta llamativo que tanto en la anticipación como en el aseguramiento de la prueba, con independencia de si el proceso es dispositivo o no, se limite o restrinja su adopción a la previa petición de parte”.

Esta afirmación parece que recoge dos cuestiones distintas. La primera, la posibilidad de que el órgano jurisdiccional proponga de oficio un medio de prueba y, la segunda, que el juez o tribunal pueda o no sugerir la existencia de insuficiencia probatoria durante la tramitación de una petición de prueba anticipada o de aseguramiento de prueba.

Por lo que respecta a la primera cuestión, entendemos que, por regla general, durante la tramitación de un proceso civil el juez o tribunal tiene mínimas facultades de proponer algún medio de prueba. La excepción la encontraríamos en los procesos no dispositivos referidos a la capacidad, filiación, matrimonio y menores, por mor del artículo 752.1.II LEC²²².

Además, no puede perderse de vista que el artículo 429.1.II LEC ofrece una herramienta al órgano jurisdiccional para que ponga de

²²¹BONET NAVARRO, J. *La prueba en el proceso civil*, Dijusa, Madrid, 2009, pág. 315.

²²² Artículo 752.1 LEC “Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.”

manifiesto la existencia de la insuficiencia probatoria, pero no para que acuerde la práctica de algún medio probatorio de oficio.

Tal y como afirma ARAGONESES MARTÍNEZ “en ningún caso el artículo 429.1.II LEC, autoriza al juez a acordar pruebas de oficio, sino que son siempre las partes quienes proponen las pruebas, asumiendo o no la admonición del juez”.

Para dar una respuesta satisfactoria a la segunda cuestión, referida a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional sugiera la existencia de la insuficiencia probatoria durante la tramitación de la prueba anticipada o su aseguramiento, debemos tener presentes los presupuestos que deben concurrir para la aplicación del artículo 429.1.II LEC, así como distinguir en qué momento se produce la petición de prueba anticipada.

La ley somete la aplicación del citado precepto a la concurrencia de tres presupuestos²²³: la existencia de hechos controvertidos, la proposición de prueba y la existencia de insuficiencia probatoria.

Asimismo, dicho artículo establece dos límites infranqueables para el órgano jurisdiccional, la no introducción de hechos nuevos o distintos a los planteados por las partes y la sujeción a los elementos probatorios obrantes en los autos.

²²³ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. *Problemas actuales de la prueba civil*. J.M. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 74. “Tres son los presupuestos de la normativa del art. 429.1, II LEC. En primer lugar, la existencia de hechos controvertidos, porque en su defecto no se abre el período probatorio. En segundo lugar, la previa proposición de prueba por las partes, puesto que el juez no puede suplir su inactividad; y en tercer lugar, la existencia de un juicio de insuficiencia probatoria, porque se trata de una facultad, que no un deber judicial, a pesar de los términos imperativos de la redacción legal.”

Conociendo ya los presupuestos necesarios debemos comprobar si los mismos concurren en el momento en que se realiza la solicitud de prueba anticipada o de aseguramiento de la prueba.

Por un lado, en aquellos casos en los que la solicitud se realiza sin existir el proceso, en nuestra opinión no existen hechos controvertidos, ni siquiera existe la posibilidad de deducirlos de la demanda o de la contestación pues, en muchos casos, no se habrán interpuesto. Por tanto, sólo serán objeto de análisis los hechos alegados por el demandante en su solicitud, sobre los que nada puede alegar el futuro demandado. En consecuencia, en este particular momento el *thema decidendi* del proceso no está mínimamente conformado.

En este sentido, no se debe obviar que, con carácter general, el contenido de la solicitud de aseguramiento o de la anticipación se limitará a proponer un particular medio de prueba relacionado con un hecho singular que compondrá, junto con el resto de hechos que se aleguen en la demanda, el futuro objeto del proceso.

Así las cosas, al recibir la solicitud anticipatoria o asegurativa *ante demandam* no concurren la totalidad de los presupuestos anteriormente expuestos, ni el órgano jurisdiccional tiene en su poder los datos necesarios para valorar si existe o no insuficiencia probatoria.

Por lo tanto, lo lógico será, que en este particular supuesto, el órgano jurisdiccional acuerde la anticipación o el aseguramiento y espere

hasta la celebración de la audiencia previa o de la vista para comprobar si dicha insuficiencia realmente existe o no, una vez se hayan fijado definitivamente los hechos controvertidos y resulten propuestos todos los medios de prueba necesarios para acreditarlos.

Por otro lado, cuando la petición anticipatoria o asegurativa se realiza ya trabada la *litis*, consideramos que dependiendo del momento en que sea solicitada la anticipación probatoria o la medida asegurativa, existirá una mínima posibilidad de que el juez o tribunal esté en condiciones de sugerir a las partes la proposición de algún medio de prueba adicional para superar la insuficiencia probatoria que estima que existe.

Esta situación podría darse en aquellos casos en los que la necesidad de anticipar el medio probatorio se manifiesta después de la interposición del escrito rector del proceso y de la contestación a la demanda.

En este particular supuesto, aunque formalmente no están fijados los hechos controvertidos al no haberse celebrado la audiencia previa o la vista, el juez o tribunal tiene en su poder la información que le suministran la demanda y la contestación, para deducir aquéllos y decidir acerca de la posible insuficiencia probatoria para acreditar el hecho objeto de la prueba anticipada o de la medida de aseguramiento, por lo que podría ponerlo de manifiesto a las partes.

Mas, conforme están redactados los artículos 293 a 298 LEC, entendemos que no estaba en el ánimo del legislador otorgar al órgano jurisdiccional este tipo de facultad en este particular momento

procesal, porque la ejecución de esta facultad por parte del juez o tribunal conllevaría la realización de actos procesales que necesariamente retrasarían la ejecución de la prueba anticipada o del aseguramiento, lo que es claramente contrario al espíritu de estas figuras.

Por tanto, siguiendo a MONTERO AROCA²²⁴ y a ARAGONESES MARTÍNEZ²²⁵ consideramos muy improbable la aplicación de la facultad probatoria de oficio en los supuestos de la anticipación o de aseguramiento antes del inicio del proceso o pendiente éste.

2.2.4. Necesidad

En nuestra opinión la eficacia de la anticipación y el aseguramiento sólo se alcanzará mediante su debida tramitación ajustada a lo preceptuado en los artículos 293 a 298 LEC, ejecutada ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Por tanto, no existen caminos distintos o alternativos para la consecución de los fines anticipatorios o asegurativos.

Siendo congruentes con la jurisprudencia expuesta en el epígrafe 6.4.2.1 del capítulo segundo, referida a la jurisdicción voluntaria, consideramos la necesidad como una característica propia de la anticipación y del aseguramiento.

Por tanto, en todo caso será necesario acudir a los órganos jurisdiccionales para proceder a la anticipación o al aseguramiento de

²²⁴ MONTERO AROCA, J. *La prueba ...* Op. Cit. Pág. 486.

²²⁵ ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (Coord.). Op. Cit. Pág. 23.

un medio o de una fuente probatoria a fin de que posteriormente desplieguen válidamente sus efectos en el proceso²²⁶.

De esta manera el solicitante de la prueba anticipada o del aseguramiento de la prueba deberá acreditar que únicamente por esta vía, anticipatoria o asegurativa, obtendrá la protección de la única fuente de prueba que posee la información necesaria para acreditar sus alegaciones en el futuro o actual proceso.

Así lo expresa de forma muy clara el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, de 25 octubre de 2001, AAP CR 67/2001, que considera a la necesidad un requisito *sine qua non* para poder admitir una petición anticipatoria:

“Y por último, como toda prueba, se ha de realizar el juicio de pertinencia, que para la anticipada, presenta la especialidad de mostrarse ineludible para la defensa de la posterior pretensión, pues

²²⁶ABEL LLUCH, X. *Derecho probatorio*, JM Bosch, Barcelona, 2012, pág. 29. “Estos medios de prueba deben introducirse de conformidad con un procedimiento legal y con observancia de unas garantías procesales. La LEC/2000, a diferencia de la LEC/1881, ha optado decididamente por el principio de la oralidad de las actuaciones procesales, y también por la oralidad en la proposición y práctica de las pruebas, lo cual comporta, a su vez, una serie de consecuencias y entre ellas: 1ª) la inmediación, en el doble sentido –amplio– que las pruebas deben practicarse a presencia judicial (arts. 137.1 LEC y 289.2 LEC) y –estricto– que el juez que ha practicado las pruebas debe ser el que dicte la sentencia (arts. 137.2 y 194.1 LEC); 2ª) la concentración, en el sentido que la práctica de las pruebas se realizará en un acto único, esto es, en el acto del juicio (del juicio ordinario) o en la vista (en el juicio verbal) y en la sede y local del Juzgado (art. 290 LEC); y 3ª) la publicidad, también en una doble dimensión, como publicidad interna, en el sentido que las actuaciones de prueba deben tener lugar con presencia e intervención de las partes (arts. 138 y 289.1 LEC) –y que algún sector doctrinal considera que forma parte de principio de contradicción–, y como publicidad externa, en el sentido que terceras personas pueden acceder al proceso, incluyéndose el público en general y los medios de comunicación de manera particular”.

si con otros medios puede llegarse a un mismo resultado, decae la razón de ser de tan excepcional régimen.”

3. Diferencias con las diligencias preliminares y las medidas cautelares

3.1. Introducción

De lo expuesto en los epígrafes anteriores se comprende fácilmente que la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba comparten características importantes con las diligencias preliminares y las medidas cautelares.

3.2. Diligencias preliminares

3.2.1. Concepto y finalidad

De acuerdo con la vetusta doctrina de nuestro Tribunal Supremo vigente a día de hoy²²⁷, podríamos definir las diligencias preliminares como “aquellos actos instructores efectuados por el futuro demandante, dirigidos al tribunal para poder preparar el posterior escrito de demanda”.

3.2.2. Características propias de las diligencias preliminares

a) Necesidad

²²⁷Auto del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 2002, ATS 3037/2002 -: “Pueden considerarse las Diligencias Preliminares como el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia competente la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia.”

La necesidad deriva de la imposibilidad de adquirir conocimiento sobre determinados hechos por otros medios distintos al auxilio judicial. Las diligencias preliminares, por tanto, se convierten “en el cauce único para obtener la información necesaria para el correcto inicio del proceso”²²⁸.

b) Carácter preparatorio

Quizá sea su nota definitoria y esencial. Las diligencias preliminares tienen como fin esencial preparar un proceso jurisdiccional o arbitral²²⁹.

²²⁸MAGRO SERVET. V. Op. Cit. Pág. 277. ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 278. “Con todo, y aunque la ley no se pronuncie con claridad, no parece que resulte procedente acordar las diligencias preliminares para obtener información que, siendo necesaria para preparar el proceso posterior, pueda obtenerla el justiciable por otros medios sin necesidad de intervención judicial.” Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª, de 24 septiembre de 2008, JUR 2009\40603. “Para preservar el principio de igualdad entre las partes, que: a) Solo procederán cuando haya imposibilidad de tener acceso a lo que se solicita de otro modo, esto es, que estas diligencias preliminares, como auxilio judicial a la parte que son, deben ser acordadas exclusivamente cuando no haya otro medio de preparar el ejercicio de la acción que el solicitante se propone ejercitar, b) Solo procederán cuando sea necesario el conocimiento o la información que se solicita para preparar el futuro procedimiento, conocimiento o información que ha de ser esencial o relevante para tal fin; Que no pueden servir de instrumento para preconstituir pruebas para el futuro pleito, pues no debe confundirse diligencias preliminares con prueba anticipada, ya que son dos figuras diferentes: las diligencias preliminares tienen por objeto preparar un juicio y la prueba anticipada persigue constatar un hecho necesario para la prosperabilidad de la pretensión cuando exista un temor de que no puedan realizarse dentro del proceso.”

²²⁹DORADO PICON, D., GUZMÁN FLUJÁ, V., DORADO PICÓN, D. TOMÉ GARCÍA, R.M. *Manual práctico de procesos civiles*, El Derecho, Madrid, 2011, pág. 12. Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3ª, de 14 octubre de 2005. “Tiene la consideración de proceso posterior un proceso arbitral. Así, la existencia de cláusula de sumisión a arbitraje no impide que se utilicen las diligencias preliminares.”

“Están dirigidas a hacer acopio del material fáctico necesario para conocer la persona que ha de soportar el proceso o para conocer el estado de una cosa cuya posesión se reclama”²³⁰.

c) Antecedes o son previas al procedimiento principal

Como consecuencia de su carácter preparatorio, las diligencias preliminares son siempre anteriores al proceso, de forma que nunca podrán solicitarse ya iniciada la litispendencia.

d) Numerus clausus

La lista de diligencias preliminares contempladas en la ley debe considerarse como cerrada -*numerus clausus*²³¹-.

²³⁰RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I. *Derecho procesal civil*, Gobierno de Navarra, Navarra, 2011, pág. 63. “Las diligencias preliminares tienen por finalidad la preparación del proceso. A ese fin el que pretenda demandar podrá solicitar la adopción de alguna de las diligencias de las previstas en la LEC al objeto de obtener información, sobre distintos aspectos del futuro demandado o del objeto litigioso, que puede resultar necesaria para la presentación de la demanda.” La diligencia preliminar debe solicitarse como acto preparatorio de un proceso posterior, de manera que no es posible admitir su práctica cuando aparece claramente que se solicitan con otra finalidad distinta. En este sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª, de 28 septiembre 2006. “La exhibición de los documentos y cuentas de comunidad de bienes no debe estimarse cuando se utiliza como medio para el ejercicio del derecho de información de los comuneros, sin que conste que esa actuación esté dirigida a ser útil en un proceso concreto preparando la demanda.”

²³¹GIMENO SENDRA, V. (Coord.) Op. Cit. Tomo III.2. Pág. 5-9. DE LA OLIVA SANTOS, A. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Op. Cit. Pág. 260. “Cabe plantearse, por último si el carácter *numerus clausus* de las diligencias preliminares es adecuado o no. En contra se puede argumentar que cabe que haya datos necesarios para preparar el proceso que no se pueden obtener a través de ninguna de las diligencias legalmente previstas. Pero en tal caso, además de postular una ampliación del artículo 256 LEC, quizás bastaría con interpretar flexiblemente los casos tasados en la ley. La opción de convertir las diligencias preliminares en *numerus apertus* tendría, sin

En consecuencia, en principio, no es posible adoptar ninguna diligencia distinta de las contenidas en el artículo 256 LEC²³².

Ahora bien, el hecho de que exista esta lista cerrada de diligencias preliminares no impide que se realice “una interpretación flexible y extensiva de los términos empleados en cada uno de los supuestos legales”²³³ que permita la adopción diligencias distintas a las previstas literalmente.

embargo, el grave riesgo de que se desbordaría su finalidad preparatoria del juicio.”

²³²Auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002 “Interesa destacar que, planteada en la ‘praxis’, si tales diligencias se encuentran o no sujetas a un *numerus clausus*, o sea si sólo pueden pedirse las consignadas expresamente en la ley o pueden pedirse respecto a otros supuestos de análoga finalidad, la solución fue contradictoria, pues mientras que algunas Audiencias Provinciales en sus sentencias siguieron el criterio taxativo, otras las admitieron en supuestos no previstos en la ley, si bien predominó el criterio restrictivo. Tal criterio es el hoy existente en la nueva Ley pues aunque no lo dice expresamente, hay que entenderlo así,…” RIVES, SEVA, J. M. *Los distintos procedimientos en la ley de enjuiciamiento civil*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 434. “El contenido de este artículo nos lleva a la conclusión de que las diligencias preliminares tienen un carácter de *numerus clausus*.”

²³³TORIBIOS FUENTES, F. (Coord.) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 501. DORADO PICÓN, D. Op. Cit. Pág. 12, “No obstante lo anterior, es posible encontrar algunos casos, en los que se argumenta la posibilidad de admitir diligencias preliminares incluso en los casos en que no están expresamente prevista en la ley, sea la LEC o una ley especial. Para ello, deben concurrir de forma cumulativa tres requisitos según la AP Islas Baleares (sección 3ª) auto núm. 88/2007 de 19 de junio: 1º) la diligencia ha de poder ser encuadrada, por vía de analogía en alguno de los supuestos expresamente enumerados en dicho precepto. 2º) no ha de existir otro medio a través del cual el solicitante de la medida pueda obtener lo que constituye el objeto ésta. 3º) Dado el carácter instrumental, la diligencia solicitada ha de guardar estrecha relación con el pleito cuya preparación se pretende.” En el mismo sentido, RIVES, SEVA, J. M. Op. Cit. Pág. 435. “Ello no obsta a que la formulación normativa de alguna de las diligencias revista amplitud suficiente para que puedan ser objeto de configuración judicial en cada caso concreto, en función de las circunstancias concurrentes, como sucede con las actuaciones contempladas en los números 6.º y 7.º del artículo.” FRANCO ARIAS, J. “¿Las diligencias preliminares previstas en el art- 256. 1 LEC deben considerarse una lista cerrada?” Justicia, 2007, J.M. Bosch Editor, número

e) Uso restrictivo

Corolario de la existencia de la lista cerrada de diligencias preliminares es que la solicitud de diligencias preliminares debe ser examinada con detenimiento y caso por caso, de forma que su admisión no conceda al peticionante aquello que la ley no permite.

En muchos casos, los solicitantes de este tipo de diligencias pretenden obtener por esta vía pruebas que fortalezcan su posición de cara a un futuro procedimiento, tratando de esta manera de desbordar los fines propios de las diligencias preliminares²³⁴.

3.2.3. Requisitos para la adopción de las diligencias preliminares

Analizadas las características que conforman las diligencias preliminares, pasamos a continuación a comprobar los requisitos necesarios que deben concurrir para su adopción.

3-4. 2008, pág. 92 “No se puede negar que tanto la redacción del art. 256,1 LEC como incluso la exposición de motivos de esta misma norma, al referirse a las diligencias preliminares, permiten sostener que son una lista cerrada. Pero, como tantas veces ocurre en el mundo del derecho, esta no es la única interpretación posible. La falta de prohibición expresa y terminante respecto a la ampliación de las diligencias preliminares más allá de las expresamente previstas, la necesaria adaptación de estas normas a las necesidades sociales manifestadas en la práctica (art. 3,1 CC) e incluso su mejor adecuación a los derechos fundamentales recogidos en el art. 24,1 CE, permiten defender la necesidad de que se interprete como una lista abierta.”

²³⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 4 febrero de 2010. JUR 2010\168934 “No son las diligencias preliminares una prueba anticipada, ni pueden adelantar pruebas con carácter previo a la iniciación del proceso y sin las garantías que a éste acompañan, como podría ser el Derecho de impugnación y el ejercicio de la contradicción, lo que no se da en este supuesto de diligencias preliminares. Precisamente por ello debe mantenerse una interpretación restrictiva sobre su admisibilidad, tendente a evitar que se utilice esta vía para obtener un material probatorio fuera del *iter* procesal ordinario.”

- a) Interés legítimo del solicitante, para “lo que deberá examinarse la conexión de la información que solicita con lo pretendido en el futuro proceso”²³⁵.
- b) Adecuación de la diligencia a la finalidad que el solicitante persigue, que no puede ser otra distinta a las recogidas por el propio art. 256 LEC: “preparar un proceso de declaración, recabando la información necesaria o el acopio de datos y elementos precisos para decidir sobre la aptitud personal de los sujetos, activo y pasivo; de la acción que se pretenda ejercitar; sobre la existencia y circunstancias del bien sobre el cual deba versar el proceso; o sobre el alcance y extensión de las pretensiones a ejercitar”²³⁶.
- c) Junto con los requisitos anteriores deben concurrir justa causa, proporcionalidad y la negativa del tercero. “La justificación de la diligencia preliminar que se requiere para la preparación del eventual futuro proceso, implica que el solicitante necesite la ayuda judicial²³⁷ para conocer cuestiones esenciales y que ese auxilio interesado sea proporcional”²³⁸.

²³⁵GIMENO SENDRA, V. Op. Cit. Tomo III.2. Pág. 5-8

²³⁶Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, de 26 de julio de 2007, ES:APB:2007:4080ª.

²³⁷ ORTELLS RAMOS, M. Op. Cit. Pág. 278.

²³⁸ *Ibidem*. “Igualmente, será necesario que el tribunal aprecie cierta resistencia o negativa de quien ha de proporcionar esos datos indispensables para promover el proceso ulterior, puesto que no parece que resulte procedente acordar las diligencias preliminares para obtener información que, siendo necesaria para preparar el proceso posterior, pueda obtenerla el justiciable por otros medios sin necesidad de intervención judicial.”

d) Caución.

La prestación de la caución es necesaria para hacer frente a los gastos que se devenguen o a los daños y perjuicios que se puedan irrogar por la práctica de la diligencia preliminar solicitada.

4. Medidas cautelares

4.1. Concepto y finalidad

Según DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ las medidas cautelares pueden definirse como “aquella forma de tutela jurisdiccional que tiene por función evitar los riesgos que amenacen la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del proceso”²³⁹.

En definitiva, las medidas cautelares tienen como objetivo final asegurar el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria que se pudiera dictar tras la tramitación del correspondiente proceso, de forma que su fallo pueda ser cumplido íntegramente.

Este tipo de medidas responden a una finalidad que se manifiesta “como la pretensión del demandante para obtener del tribunal una diligencia preventiva que le permita litigar con la tranquilidad de saber que de estimarse su pretensión principal, no se frustrará la realización del Derecho material consagrado en la sentencia”²⁴⁰.

²³⁹DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍAZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *El derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. CERASA, Madrid, 2002, pág. 385.

²⁴⁰VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Dijusa, Madrid, pág. 924.

4.2. Características propias de las medidas cautelares

a) Garantía o instrumentalidad

Esta característica está íntimamente relacionada con la finalidad esencial de las medidas cautelares que no es otra que permitir el cumplimiento íntegro de la sentencia que se dicte en el proceso principal. Las medidas recogidas en el artículo 727 LEC, por tanto, se convierten en herramientas de eficacia diferida que garantizan el mantenimiento de *status quo* hasta que se dicte la correspondiente sentencia.

b) Variabilidad

En esencia, “las medidas cautelares adoptadas se modificarán en cuanto se alteren los presupuestos que sirvieron de base para su adopción”²⁴¹. En consecuencia, “las medidas cautelares son susceptibles de modificación o alzamiento, pudiendo ser modificadas e incluso suprimidas según el principio *rebus sic stantibus* cuando se modifica la situación de hecho que da lugar a su determinación”²⁴².

c) Temporalidad

Su temporalidad deriva de su naturaleza instrumental. “Se extinguirán o alzarán en cuanto desaparezcan los motivos que

²⁴¹MAGRO SERVET. V. Op. Cit. Pág. 1150. GARBERÍ LLOBREGAT, J.L. CASERO LINARES, L., FERNÁNDEZ DE SEVILLA MORALES, M. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, 2010, Barcelona, Pág. 89.

²⁴²Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3ª, de 31 octubre de 2005. JUR 2006\58809.

servieron de presupuesto para su adopción”²⁴³, de modo que finalizado el proceso por sentencia, la medida cautelar se sustituye por la actuación ejecutiva o se da lugar al alzamiento de la medida si no se solicita la ejecución de la sentencia²⁴⁴.

d) Homogeneidad y proporcionalidad

La medida cautelar solicitada debe guardar relación con el contenido del fallo de la futura sentencia²⁴⁵, o dicho de otra manera, en su “...homogeneidad con las medidas ejecutivas, al anticipar las medidas cautelares, en parte se anticipan los efectos de la decisión final. Resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final”²⁴⁶.

²⁴³Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de 3 marzo de 2010. AC 2010\1390.

²⁴⁴CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, MORENO CATENA, V. *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pág. 440. PÉREZ DAUDÍ, V. Disponible en: <http://0-vlex.com.cisne.sim.ucm.es/app?r=true#/vid/282813>. “La medida cautelar tiene la finalidad de asegurar la efectividad del resultado del proceso principal. Por ello los efectos que va a producir van a estar necesariamente limitados en el tiempo, cesando en el mismo momento en que termina el proceso principal.” MAGRO SERVET. V. Op. Cit. Pág. 1150. “Es consecuencia clara de su carácter instrumental. Así, las medidas cautelares, pese a producir efectos desde el momento en que son concedidas, tienen una duración temporal supeditada a la pendencia del proceso principal. De este modo puede afirmarse que las medidas cautelares nacen para extinguirse, consecuencia clara de su carácter instrumental y provisional, dado que, en cuanto desaparecen los presupuestos o motivos que llevaron a la adopción de las medidas cautelares, se procederá al alzamiento o extinción de las mismas.”

²⁴⁵ORTELLS RAMOS, M. *Las medidas...* Op. Cit. Pág. 39. “Consisten en un conjunto de efectos jurídicos diferentes según las medidas, que, por regla general, coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir con estos...”

²⁴⁶CÁCERES RUIZ, L. *Propiedad Intelectual: Medidas Cautelares en el Procedimiento Civil*, Visión Net, Madrid, 2007, pág. 68.

e) *Numerus apertus*

Frente al carácter *numerus clausus* de las diligencias preliminares, las medidas cautelares tienen la consideración de *numerus apertus*²⁴⁷ si bien la ley “impone que entre la pretensión procesal -la tutela judicial que podrá obtenerse con su estimación- y la medida cautelar que se solicite, exista una adecuación, de manera que la medida sea cualitativa y cuantitativamente apropiada para el fin”²⁴⁸.

²⁴⁷Sentencia del Tribunal Constitucional, de 13 de febrero de 1995 "...se ha señalado que esta característica no es sino una consecuencia (o más bien un estado más avanzado) de la funcionalidad y consiste en que la medida cautelar ha de guardar una cierta similitud con las medidas ejecutivas precisas para el cumplimiento de la sentencia cuya efectividad se trata de garantizar; naturalmente la medida más homogénea (y las más eficaz) será la que se identifique con la de la ejecución, es decir la anticipatoria de la sentencia; desde un punto de vista negativo, la homogeneidad implica que no quepa acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final. Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª, de 5 junio de 2009. JUR 2009\316410. “Frente a lo expresado en la resolución recurrida, el artículo 727, en su apartado 11º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite adoptar como medida cautelar cualquiera que se estime necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio. Esta fórmula, que convierte en *numerus apertus* las previsiones sobre medidas cautelares, parece que permite admitir una de las pretensiones como la planteada, es decir, la prohibición de disponer de las fincas objeto del procedimiento hasta que recaiga sentencia, lo que ha sido admitido, entre otros, por el Auto de la AP de Cádiz de 14 de julio de 2003 AC 2003, 1582; e indirectamente también parecen reconocer su admisibilidad los Autos de la AP Santa Cruz de Tenerife de 16 de febrero 2004. AC 2004, 751, y AP Madrid de 20 de febrero 2004. AC 2004, 1193, y los Autos AP Málaga 10 de marzo 1998 AC 1998, 4001” En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Comentarios...* Op. Cit. Pág. 38. En contra, VALLS GOMBAU, (Coord.) Op. Cit. Pág. 188. “No puede afirmarse, sin embargo, que el art. 727.11 haya sido configurado como un poder general de cautela y por ello sin limitación alguna. De forma explícita la ley limita el ámbito de aplicación tanto por la concreta previsión de las medidas específicas, como las establecidas en los números 1 a 10 del propio art. 727, que otras leyes establezcan en el futuro.”

²⁴⁸TORIBIOS FUENTES, F. (Coord.) Op. Cit. Pág. 1363. “Sin perjuicio de que la LEC contenga un listado de medidas cautelares que pueden adoptarse para asegurar la eventual sentencia estimatoria de una pretensión civil, no se trata de una enumeración cerrada, pudiendo el juez

4.3. Requisitos para la adopción de las medidas cautelares

Son de sobra conocidos los presupuestos²⁴⁹ que deben concurrir para apreciar la adopción de una medida cautelar, en consecuencia nos referiremos brevemente a ellos:

a) Apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, que conlleva la necesidad de alegar y aportar un principio de prueba, generalmente de forma documental, del derecho que se pretende accionar en el proceso principal²⁵⁰.

adoptar las medidas cautelares que parezcan convenientes para cada caso, al efecto de asegurar la eficacia de una eventual sentencia estimatoria siempre que las actuaciones acordadas cumplan los requisitos o reúnan las características señaladas en los arts. 726 y 728 LEC.”

²⁴⁹Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, de 11 marzo de 2009, AC 2009\1339. “Recordemos los presupuestos generales para la adopción de toda medida cautelar (a instancia de parte - que puede obtener un pronunciamiento a su favor y para hacer posible una futura e hipotética ejecución ex art. 726.1 LEC - y bajo la responsabilidad de quien las pide, ex art. 721 LEC): 1) una situación jurídica cautelable y apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* (art. 728.2, en relación con el 735 LEC), lo que supone un principio de prueba suficiente de que lo justifique (*fumus boni iuris* que requiere la acreditación por el actor de la inicial solidez del derecho material que deduce en juicio); 2) un peligro por la mora procesal (el retraso derivado de la pendencia del proceso y consiguiente daño derivado del mismo), y cuyo riesgo no se presume (el actor debe alegarlo y probarlo); 3) necesidad de caución, atendiendo a la situación jurídica que pretende garantizarse (art. 728.3 en relación con el 732.3 LEC); garantía - inexcusablemente exigida - por el instante - previa y efectiva - de que está en situación de resarcir los daños y perjuicios que pudieran causarse al demandado con la medida cautelar, si se demuestra que la medida carecía de fundamento y es posteriormente revocada; garantía que debe ofrecer la instante, pero que, exclusivamente, corresponde al Juez fijar su idoneidad y cuantía (737 LEC), atendiendo a la "naturaleza y contenido de la pretensión" y la intensidad del *fumus boni iuris* (Es clara, pues, su finalidad: reparar eventuales daños y perjuicios que puedan derivarse caso de no estimarse la pretensión).”

²⁵⁰RAMOS MÉNDEZ, F. Disponible en http://www.rya.es/articulos/las_medidas_cautelares_en_el_proceso_civil_es_panol.pdf “No existe ningún criterio general respecto de la definición del *fumus boni iuris*. Desde luego no se basa en ningún juicio de probabilidad sobre el resultado del pleito, aunque ésa sea una de las formulaciones

b) Peligro de demora o *periculum in mora*. Para que el órgano jurisdiccional adopte una determinada medida cautelar es necesario demostrar que el transcurso del tiempo que supone la tramitación del proceso añadido a la particular situación del demandado, imposibilitará el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria²⁵¹.

c) La caución. El artículo 728.3 LEC²⁵² incluye a la caución como un requisito más de las medidas cautelares. En consecuencia, “es necesario que en la petición de adopción de una medida cautelar, conste la voluntad inequívoca del solicitante de prestar la caución en alguna de las formas establecidas en el artículo 529.3 LEC, sin que por ello el juzgado quede vinculado por tal ofrecimiento”²⁵³.

convencionales. La apariencia de derecho resulta de la valoración de la posición de ambas partes en relación con la cosa litigiosa al inicio del juicio, es decir, es pura actividad de enjuiciamiento adecuada al momento y a los datos de que se dispone. Normalmente el *fumus* debe resultar acreditado por un principio de prueba de carácter documental.”

²⁵¹*Ibidem*. “Este presupuesto hace referencia al fundamento de la medida cautelar. La medida trata de paliar los riesgos de la duración temporal del juicio. Es pues razonable comenzar a pensar que el *periculum in mora* es algo objetivo, que deriva de la propia naturaleza del *processus iudiciū* y del hecho de que éste no pueda ser instantáneo. No hace falta añadir ninguna connotación subjetiva sobre las circunstancias personales del demandado.”

²⁵² Artículo 728.3 LEC “Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado”

²⁵³Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, de 15 marzo 2005, AC 2005\757. “Esa delimitación de la caución con la solicitud no vincula al Juez quien la juzgará atendiendo a la precisa «suficiencia» para hacer frente de manera rápida y efectiva a los daños y perjuicios ocasionales en el patrimonio del demandado. Ahora bien aun cuando la prestación de la caución sea siempre necesaria y previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar, siendo por tanto el requisito ineludible acorde con el fundamento de la exigencia de caución para ejecución de la cautela, artículo 728.3 no debe ocurrir lo mismo con la exigencia de que en el escrito de petición, además del ofrecimiento de la prestación de caución, se especifique que tipo o tipos se ofrece constituir la y con justificación de su importe que

5. Distinción entre todas ellas

Más allá de las características diferenciales que podemos encontrar entre todas las figuras analizadas, consideramos que las verdaderas diferencias que distinguen a todas ellas, y que deben servir para no confundirlas, son la finalidad y el campo jurídico en el que despliegan sus efectos.

5.1. El primer punto de distinción evidente que existe entre todas las figuras analizadas, es la finalidad

De lo expuesto en el presente capítulo se comprende que lo realmente definitorio de todas las figuras analizadas es el fin para el que se crearon.

La prueba anticipada pretende la protección del resultado de la prueba mediante su ejecución con anterioridad al momento legalmente dispuesto, por lo que no puede confundirse con las diligencias preliminares.

Afirma VÁZQUEZ IRUZUBIETA que “son dos cosas distintas las diligencias preliminares y la práctica anticipada de prueba, ya que en el primer caso lo que se pretende es obtener información para redactar eficazmente la demanda por desconocer el futuro demandante algún dato esencial para sus propósitos. La práctica anticipada de un acto de prueba en cambio, tiene como propósito el

se propone; y conclusión a la que se llega en observancia de la STC de 18 de junio de 1990 (RTC 1990, 113)”

acreditar un hecho antes del momento procesal apropiado, en razón de circunstancias excepcionales”²⁵⁴.

En el mismo sentido apunta el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª, de 24 septiembre de 2008, JUR 2009\40603, que diferencia nítidamente a las diligencias preliminares de la prueba anticipada:

“Que no pueden servir de instrumento para preconstituir pruebas para el futuro pleito, pues no debe confundirse diligencias preliminares con prueba anticipada, ya que son dos figuras diferentes: las diligencias preliminares tienen por objeto preparar un juicio y la prueba anticipada persigue constatar un hecho necesario para la prosperabilidad de la pretensión cuando exista un temor de que no puedan realizarse dentro del proceso”²⁵⁵.

Tampoco puede confundirse el ámbito de actuación de la prueba anticipada con el de las medidas cautelares. SUBIRATS ALEXANDRI considera que “la prueba anticipada no es medida cautelar pues la prueba anticipada no supone un aseguramiento de la resolución principal y tiene como finalidad conjurar el riesgo de pérdida de ciertos resultados probatorios por la necesaria demora del momento normal en que se recibe la prueba en un proceso, con lo cual la prueba recibida anticipadamente por esta razón no es instrumental respecto a la sentencia de un modo diferente a como lo es la prueba practicada en un momento normal y las dos están al servicio de la

²⁵⁴VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Dijusa, Madrid, 2010. Pág. 350.

²⁵⁵ En el mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 4 febrero de 2010. JUR 2010\168934

formación de la convicción judicial pero aseguran los efectos de la sentencia como medida cautelar”²⁵⁶.

Por tanto, la prueba anticipada, no pretende en modo alguno preparar el procedimiento²⁵⁷ ni asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria²⁵⁸.

Por su parte, tampoco es el objetivo del aseguramiento de la prueba preparar el futuro proceso o asegurar el cumplimiento de la sentencia en todos sus términos²⁵⁹.

²⁵⁶ SUBIRATS ALEXANDRI, M.C. Disponible en: <http://www.derecho.com/articulos/2001/07/15/las-medidas-cautelares-su-instrumentalidad/>.

²⁵⁷VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. Op. Cit. pág. 459. LARENA BELDARRAÍN, J. “Las diligencias preliminares en materia de propiedad industrial e intelectual” R.V.A.P. núm. 87-88/2010, págs. 689-705. “Por último, debemos recordar que las diligencias preliminares no constituyen en ningún caso lo que se conoce como prueba anticipada, ya que su fundamento no reside, como en esta última institución, en la más que probable imposibilidad de que una prueba concreta pueda llevarse a cabo si se espera al momento procesal normal para su realización, sino que aquéllas responden, como ya hemos venido a indicar, a la necesidad de auxilio judicial que precisa en ocasiones el futuro demandante para recabar ciertos datos e informaciones del todo punto cruciales para poder presentar su demanda.”

²⁵⁸SUBIRATS ALEXANDRI, M.C. Disponible en: <http://www.derecho.com/articulos/2001/07/15/las-medidas-cautelares-su-instrumentalidad/>.

²⁵⁹ARMENGOT VILAPLANA, A. “Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre la prueba en materia de propiedad intelectual e industrial”, *La Ley*, noviembre, número 6819, 2007. Pág. 17. “Cada una de estas instituciones tiene su propio régimen jurídico el cual está integrado por unos presupuestos de concesión y por unos efectos jurídicos también distintos. Las diligencias preliminares están orientadas a facilitar al solicitante de las mismas y eventual demandante del proceso civil la información necesaria para que pueda formular la pretensión procesal. Las medidas de aseguramiento de la prueba están orientadas a salvaguardar ciertas fuentes de prueba con la finalidad de evitar que llegado el momento de su práctica, ésta resulte inútil.”

En efecto, el aseguramiento, aunque tiene puntos de conexión evidentes con las medidas cautelares, se distingue claramente de ellas porque su fin es asegurar una determinada fuente de prueba que corre peligro de desaparición.

Como afirma ABEL LLUCH “a diferencia de éstas [medidas cautelares], que tratan de asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, las medidas de aseguramiento tratan sólo de asegurar la práctica de un determinado medio de prueba, es decir, su finalidad última es que la sentencia se dicte con una adecuada motivación fáctica”²⁶⁰.

En relación con la cuestión anteriormente tratada traemos a colación el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, de 26 octubre de 2007, que realiza la distinción entre las medidas de aseguramiento y las medidas cautelares:

“No se trata de una medida cautelar clásica con fines estrictamente conservativos, que buscan mantener la situación que existe al inicio del proceso, impidiendo que el demandado ejecute actos durante la tramitación que dificulten la ejecución de la eventual sentencia favorable al demandante. Su objeto no es asegurar la ejecución de la sentencia sino que recae sobre un medio probatorio -la documentación contable y facturación- por lo que en su caso se trataría de una medida de aseguramiento de prueba, sujeta a un régimen jurídico distinto.”

²⁶⁰ ABEL LLUCH, X. *Derecho probatorio*. Op. Cit. Pág. 223. “De ahí que su función se asemeje a las medidas cautelares, y concretamente a su efecto de aseguramiento.”

En igual sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, de 28 octubre de 2005, JUR 2006\129971, hace una clara distinción entre las diligencias preliminares, las medidas cautelares y el aseguramiento de la prueba:

“Respecto de las diligencias preliminares debemos descartar cualquier finalidad cautelar (para ello están las medidas cautelares, arts. 721 y sig.) o asegurativa de la prueba (esta función la cumple las normas sobre anticipación y aseguramiento de la prueba, (arts. 293 y sig.)”

En definitiva, atendiendo a la jurisprudencia y a la doctrina anteriormente expuesta existe una clara diferencia entre el aseguramiento de la prueba y las medidas cautelares.

Así, el aseguramiento de la prueba se dirige exclusivamente a hacer posible la práctica de la prueba en el momento procesal fijado para ello mediante la conservación de la fuente de prueba y recae exclusivamente sobre las fuentes probatorias materiales, mientras que la medida cautelar tiene “como finalidad garantizar el éxito de la ejecución de la futura sentencia de condena, facilitando que el demandado esté en condiciones de poder cumplir”²⁶¹.

5.2. El segundo elemento definitorio y diferenciador, es el campo jurídico en el que despliegan sus efectos

Otra pista que puede aclarar las diferencias entre las figuras estudiadas es identificar en qué campo jurídico recaen sus efectos.

²⁶¹ Así se manifiesta el citado Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, de 28 octubre de 2005, JUR 2006\129971

Los efectos de la prueba anticipada se despliegan sobre los medios probatorios de carácter personal y material, mientras que el aseguramiento despliega sus efectos sobre las fuentes probatorias de carácter real.

Por su parte, las diligencias preliminares operan respecto de los datos previos al proceso necesarios para iniciarlo, sin actuar o incidir necesariamente sobre las fuentes o los medios probatorios, ni sobre el contenido de una eventual sentencia estimatoria.

Por fin, las medidas cautelares pretenden asegurar el eventual contenido favorable de una sentencia, bien anticipando su eficacia, bien conservando una determinada situación o unos bienes específicos, necesarios para la satisfacción de los intereses del peticionante, sin que ello implique necesariamente actuar sobre los medios o fuentes de prueba.

“Resumiendo: unas [diligencias preliminares] miran a los presupuestos o elementos de la interpelación, otras [prueba anticipada y aseguramiento de la prueba] a la realización de las pruebas y las últimas [medidas cautelares] a asegurar la efectividad de los pronunciamientos de la sentencia”²⁶².

6. Presupuestos de la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba

6.1 Introducción

²⁶²DÍAZ FUENTES, A. Op. Cit. 105.

Una vez delimitadas las características de las figuras antedichas, procederemos a determinar los presupuestos fundamentales de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba.

La prueba anticipada como el aseguramiento de la prueba son actuaciones procesales que se desarrollan en el ámbito probatorio y, en consecuencia, están sujetos los requisitos legales establecidos.

Por tanto, la admisión de la solicitud de anticipación o del aseguramiento de la prueba está sujeta a la verificación por parte del órgano jurisdiccional de la cumplimentación de los requisitos de forma y de fondo determinados en la ley.

Nos referiremos ahora a todos los presupuestos de la prueba anticipada y del aseguramiento, aunque en algunos casos los haremos de forma meramente introductoria, puesto que serán objeto de desarrollo en concretos epígrafes en capítulos posteriores.

6.2 Requisito objetivo

En este epígrafe vamos a tratar de arrojar luz sobre dos cuestiones relativas a la contradicción que no constan debidamente reguladas en nuestra ley procesal.

En primer lugar, trataremos de comprobar qué soluciones podrían plantearse en aquellos casos en los que la prueba anticipada solicitada *ante demandam* no puede practicarse ante la imposibilidad de localizar al futuro demandado.

Este estudio, en nuestra opinión, carece de sentido en aquellos otros casos en los que la solicitud se realice *lite pendente* puesto que, en principio, el demandado estará localizable.

En segundo lugar, analizaremos el alcance que tiene el principio contradictorio en relación con la prueba anticipada. En concreto, comprobaremos las posibles actuaciones a realizar por el futuro demandado o actual demandado una vez que se ha acordado la práctica anticipada de un medio de prueba.

En cuanto a la primera cuestión, de acuerdo con la ley, para que la prueba anticipada alcance su finalidad es necesario que durante su práctica participen las dos partes que estarán o están involucradas en el futuro o actual proceso.

De conformidad con lo anterior, la ley expresamente recoge en su artículo 295.1 LEC²⁶³ el principio de contradicción que tiene como objetivo permitir participar a la parte que puede verse afectada por el resultado del medio probatorio que se pretende anticipar, a fin de que pueda contradecirla.

Para la consecución de este objetivo, antes del inicio del proceso, la ley obliga al solicitante de la anticipación a designar los datos del futuro demandado a los efectos de comunicarle, con al menos cinco días de antelación, la práctica de la prueba anticipada.

²⁶³ Artículo 295.1 LEC “Cuando la prueba anticipada se solicite y se acuerde practicar antes del inicio del proceso, 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.”

Ya iniciado el proceso, el párrafo segundo del artículo 295 LEC, se limita a señalar “que las partes podrán intervenir en ella [la prueba] según lo dispuesto en esta Ley para cada medio de prueba”.

Así las cosas, no es equivocado afirmar que, en principio, al legislador sólo le preocupaba asegurar la participación del sujeto pasivo de la prueba anticipada en la fase de la práctica anticipada del medio probatorio, pero no en las fases previas relativas a la proposición y a la admisión de la prueba.

A nuestro juicio, esta positiva previsión protectora del principio de contradicción debería haberse completado con la articulación de una solución efectiva para aquellos casos en los que exista una imposibilidad real de localizar a la contraparte en tiempo y forma.

Es decir, el legislador debería haber equilibrado el principio contradictorio con el derecho a la prueba, pues el absoluto respeto del primer principio que preconiza nuestra ley procesal podría provocar la quiebra del citado derecho, al no poder practicarse la prueba de forma anticipada por no localizar al futuro demandado.

La anticipación es una diligencia probatoria que no permite demoras, sin embargo, en la ley “no existe previsión para los supuestos en los que se desconozca la identidad o el domicilio de la contraparte futura”²⁶⁴.

Si acudiéramos al procedimiento normal de localización del demandado regulado en el procedimiento ordinario se consumiría un

²⁶⁴XIOL RIOS, J.A. *Ley de enjuiciamiento civil. Doctrina y jurisprudencia*, Sepin, Madrid, 2000, pág. 1993.

tiempo vital que, seguramente, provocaría la pérdida del medio de prueba que se pretende anticipar.

Nos encontramos, pues, ante una situación que genera verdadera indefensión al solicitante de la medida probatoria que puede ver como se frustra su derecho a la prueba ante la falta de previsión normativa. Por tanto, consideramos imprescindible que se rellene esta laguna legislativa lo antes posible a fin de que soslayen situaciones verdaderamente injustas.

En este sentido, son innumerables los casos en los que la notificación de las actuaciones judiciales, ya sea por la desidia de los servicios comunes, ya sea por la actividad obstructiva que ejecuta el demandado, demora el proceso mucho más de lo deseado provocando indeseables suspensiones del procedimiento.

Por ello, consideramos que con la promulgación de la LEC el legislador perdió una buena oportunidad para articular un procedimiento que hubiera permitido la práctica anticipada de un determinado medio probatorio sin la audiencia de la otra parte, en aquellos supuestos en los que existiera verdadera urgencia o la imposibilidad real de localizar al futuro demandado.

En nuestra opinión, las posibles soluciones para orillar tal problema hubieran podido ser:

- i) la aplicación de la normativa procesal contenida en el código procesal italiano que permite la práctica anticipada de la prueba con la asistencia de un “procurador” en representación de la parte ausente.

Esta primera solución nos parece válida pero ineficaz. El “procurador” carecería de los datos suficientes para defender debidamente los intereses de su cliente, por lo que su participación en la prueba sería meramente testimonial.

- ii) La práctica anticipada del medio probatorio propuesto sin la contraparte, regulándose su necesaria reiteración en el subsiguiente proceso de modo que el futuro demandado o demandado tuviera la oportunidad de contradecirla.

Para permitir la efectiva reiteración de la prueba, el órgano jurisdiccional debería documentar la prueba anticipada, asegurándose de que su tramitación y su resultado quedaran íntegramente recogidos en cualquier soporte que permitiera su posterior lectura o reproducción en el acto del juicio o de la vista.

De esta manera, de forma similar a la prevista en la ley de enjuiciamiento penal, el demandado ausente podría practicar en el juicio o en la vista, tras leer o visualizar el documento resultante de la prueba anticipada, aquella prueba que considerara necesaria para contradecir la ejecutada de forma anticipada²⁶⁵.

²⁶⁵BANACLOCHE PALAO, J, ZARZALEJOS NIETO, J. *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 138. “Las pruebas «preconstituidas» son las que se practican ante el Juez de instrucción, porque se teme que no podrán ser reproducidas en el juicio oral, debiendo practicarse con la máxima contradicción y quedar documentadas de tal manera que sea posible su introducción en el juicio oral mediante su lectura (arts. 448, 449, 730 y 777.2 LECrim.)”

Por lo que respecta a la segunda cuestión planteada, el alcance de la participación del futuro demandado o demandado, en el acto de la vista en la que se practica la prueba anticipada, nos ha suscitado dos dudas importantes sobre los que la ley guarda silencio: la posibilidad del demandado o futuro demandado de posicionarse respecto de los hechos contenidos en la solicitud de prueba anticipada, así como la oportunidad de impugnar el medio de prueba que pretende ser anticipado.

En relación con el posicionamiento sobre los hechos alegados en la solicitud de prueba en el procedimiento declarativo, las partes, ya sea en el acto de la audiencia previa, ya sea en la vista, están facultadas para admitir u oponerse a los hechos formulados de contrario así como para impugnar los medios de prueba propuestos de contrario.

Esta admisión u oposición de los hechos alegados de contrario tiene como objetivo delimitar los hechos controvertidos, y consecuentemente, el objeto de la prueba que deberá practicarse posteriormente en el acto del juicio o seguidamente en la propia vista, según se trate del procedimiento ordinario o del verbal.

Curiosamente, en el ámbito de la prueba anticipada la ley no permite, o al menos no prevé, este debate acerca del contenido de los hechos alegados por el solicitante de la prueba anticipada, de forma que *ex lege* éstos deben ser aceptados sin más por el órgano jurisdiccional y por el futuro demandado o demandado.

En nuestra opinión, de *lege ferenda* sería muy deseable que, en aquellos casos en los que el sujeto pasivo de la prueba anticipada estuviera localizado y no se produjeran demoras indeseadas, se le diera traslado de la petición anticipatoria con anterioridad a la vista, con el único objetivo de que pudiera posicionarse respecto de los hechos que se pretenden acreditar por medio de la práctica de la prueba anticipada.

Esa solución sería conveniente por dos razones fundamentales. La primera, es que podría darse la circunstancia de que el sujeto pasivo de la prueba anticipada admitiera los hechos evitando así la necesidad de celebrar la vista, y la segunda, es que tal posicionamiento permitiría delimitar de forma más precisa el objeto de la prueba.

Por lo que respecta al posible posicionamiento respecto de los medios de prueba propuestos anticipadamente o de su posible impugnación por parte del futuro demandado o demandado, como ya hemos dicho la ley también guarda silencio.

En relación con esta cuestión, queremos verificar si este mutismo respecto de esta cuestión obedece a una razón fundamentada o se trata de una omisión involuntaria del legislador y, en consecuencia, cabría la posibilidad de que el futuro demandado o demandado impugnara la prueba anticipada en la correspondiente vista.

El posicionamiento de las partes ante los documentos y dictámenes presentados y su impugnación²⁶⁶ están previstos en el artículo 427.1 LEC²⁶⁷.

En concreto, la impugnación tiene como fin de atacar la autenticidad o el valor probatorio de los documentos materiales presentados de contrario -documentos o informes periciales- en que se basa la pretensión o resistencia²⁶⁸.

El efecto propio de la impugnación es considerar a los hechos a que se refieren los documentos o los informes periciales aportados de contrario como controvertidos²⁶⁹, cargando a la parte que los ha

²⁶⁶PICÓ I JUNOY, J., ABEL LLUCH, X. *La prueba documental*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, pág. 182. “El término "impugnar" se entiende en sentido amplio, no circunscrito a la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios, sino como facultad de formular alegaciones o aportar medios de pruebas que desvirtúen el contenido de un documento de adverso, y todo ello sin perjuicio de las matizaciones que se introducirán al examinar el trámite de "posicionamiento ante documentos" en la audiencia previa.”

²⁶⁷ Artículo 427LEC. “ 1. En la audiencia, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad. 2. Las partes, si fuere el caso, expresarán lo que convenga a su derecho acerca de los dictámenes periciales presentados hasta ese momento, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en los extremos que determinen. También se pronunciarán sobre los informes que se hubieran aportado al amparo del número 5.º del apartado 1 del artículo 265.”

²⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 183. “El "posicionamiento" versa sobre los documentos materiales, pues son aquellos en que las partes fundan su pretensión y su resistencia (no los procesales). La impugnación de un documento puede versar sobre: a) la autenticidad, esto es, la concordancia del autor aparente con el autor real; b) la exactitud, esto es, la concordancia de la copia, testimonio o certificación con el original; y c) la certeza, esto es, la concordancia de las declaraciones o testimonios contenidos en el documento con la realidad:”

²⁶⁹ QUERAL CARBONELL, A., VALLE GARCÍA, M., ARBÓS I LLOBET, R. “Impugnación de documentos.” Disponible en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/impugnacion-documentos-202377077>. “En este sentido, si se reconoce o admite la autenticidad de un documento hará

aportado con la obligación de acreditarlos, por ejemplo, mediante el interrogatorio de sus autores o de las personas que participaron en su elaboración.

Así, es muy común que en el ámbito forense junto con la demanda que tiene como objeto la reclamación de una indemnización por daños en un edificio, se aporte una factura de una empresa de reparaciones a fin de acreditar la supuesta ejecución de ciertos trabajos así como el pago de los mismos.

Frente a ello, la contraparte normalmente reacciona impugnando tal documento al efecto de que el aportante de la factura acredite, a través del interrogatorio del representante legal de la empresa que emitió la factura, que se realizaron los trabajos así como que se procedió al pago de los mismos.

Por lo que respecta a la prueba pericial, lo usual en casos como el descrito anteriormente es que los informes periciales se aporten con cierta antelación a la audiencia previa o a la vista, al efecto de que las partes puedan posicionarse sobre el contenido de los mismos.

En este supuesto las partes generalmente impugnan el informe pericial aportado de contrario, al efecto de que su autor acuda al acto del juicio o de la vista para ser interrogado acerca de cuestiones como el alcance de los daños o los criterios de valoración utilizados para calcular el importe de los daños.

prueba plena sobre los aspectos concretos que prevé la ley, y no será necesario ningún otro medio probatorio sobre estos hechos; contrariamente si se impugna, los hechos a los que se refieren serán controvertidos por lo que resultará necesaria la proposición y práctica de prueba sobre los mismos, además de la que se proponga para acreditar la autenticidad.”

Así las cosas, nos asaltan dos cuestiones fundamentales ¿Cabe impugnar aquellos medios probatorios -documentos e informes periciales- que se pretenden anticipar? En caso afirmativo, ¿Tiene sentido la impugnación de estos medios probatorios en la vista en que se pretende ejecutarlos con carácter anticipado?

La respuesta a la primera pregunta dependerá de dos cuestiones básicas. En primer lugar, habrá que discernir si el futuro demandado o demandado puede pronunciarse en la vista en la que se practicará el medio de prueba propuesto, sobre los hechos alegados por el solicitante de la medida.

En segundo lugar, habrá de analizarse el medio de prueba que se pretende practicar para la acreditación de los datos contenidos en la solicitud, pues como ya hemos comprobado la impugnación a que se refiere el artículo 427.1 LEC, únicamente puede dirigirse a los documentos e informes periciales que se aporten al proceso.

A fin de dar respuesta a la posibilidad de que el futuro demandado o demandado se posicione frente a los hechos que se expongan en la solicitud anticipatoria, vamos a suponer que el juez o tribunal efectivamente otorgará al futuro demandado o demandado la posibilidad de pronunciarse sobre los hechos alegados por el solicitante de la prueba anticipada al comienzo de la vista.

En este sentido, no consideramos imposible ni improbable que, bien el órgano jurisdiccional, bien el futuro demandado o demandado concedan o soliciten, respectivamente, la palabra al efecto de tratar esta cuestión al comienzo de la vista.

Incluso, nos parece perfectamente factible que la propia representación procesal del futuro demandado o del demandado, al recibir la citación para la vista, tome la iniciativa y presente un escrito en el que ponga de manifiesto su conformidad -total o parcial- respecto de los hechos alegados por el solicitante en la petición anticipatoria, con el objetivo de evitar acudir la vista o precisar los términos del debate.

Admitiendo tal posibilidad, consideramos que al inicio de la celebración de la vista para la práctica de la prueba anticipada, podrían ocurrir las siguientes situaciones:

- a) el sujeto pasivo de la prueba anticipada admite los hechos. En este caso, no habrá lugar a la impugnación. Se levantará la correspondiente acta para dejar constancia de la aceptación de los hechos a fin de que esté disponible en el futuro proceso.
- b) El sujeto pasivo de la prueba anticipada admite parcialmente los hechos. Así las cosas, habrá que analizar si los datos respecto de los que se opone el futuro demandado o demandado pretenden ser probados por medio de la prueba documental o la prueba pericial, o si por el contrario, su acreditación procura realizarse por medio de algún medio de prueba personal, en cuyo caso no cabría la impugnación.
- c) Finalmente, puede suceder que el sujeto pasivo de la prueba se oponga a la totalidad de los hechos narrados en la solicitud. En este caso, al igual que sucede en el caso anterior habrá que comprobar el medio de prueba con el que se pretende acreditar

el hecho, al efecto de comprobar la posibilidad de realizar la impugnación.

Como hemos dicho anteriormente, el segundo requisito que debería concurrir para admitir la impugnación en el acto de la vista, es que el medio de prueba que se pretendiera anticipar fuera un documento o un informe pericial.

Por lo que respecta a la prueba documental, consideramos que, con carácter general, no se aceptará la práctica anticipada de la prueba de los documentos, por considerarse poco probable que concurren supuestos en los que sea imposible practicar este tipo de pruebas en el momento procesal oportuno.

Es más, consideramos que por su propia naturaleza los documentos quedarían mejor protegidos por medio de la práctica de una medida de aseguramiento, como tendremos oportunidad de comprobar en el capítulo séptimo.

En cualquier caso, abstrayéndonos de lo anterior y admitiendo la posibilidad de practicar anticipadamente la prueba documental, entendemos que no cabría la posibilidad de impugnar esta prueba por la simple razón de que para su efectiva práctica no sería necesario celebrar una vista; bastaría con que la persona que estuviera en poder del documento la aportara al correspondiente órgano jurisdiccional para que fuera objeto de custodia hasta la celebración de la audiencia previa o de la vista, donde ya sí podría ser objeto de impugnación.

Por tanto, en nuestra opinión, no nos parece posible proceder a la impugnación de este tipo de medios probatorios cuando se practican de manera anticipada.

Por lo que respecta a la prueba pericial, entendemos que la necesidad de anticipar la prueba pericial puede deberse a dos motivos:

a) El objeto o persona sobre la que debe versar la prueba pericial corre el riesgo de desaparecer

En este caso, el objeto de la anticipación pericial tendría por objeto la realización del correspondiente informe pericial, no siendo necesario, en nuestra opinión, proceder inmediatamente a la anticipación de la ratificación o la aclaración por parte de su autor.

Consideramos que dicha ratificación o aclaración podría realizarse en el acto del juicio o de la vista junto con el resto de los medios de prueba que prevean practicarse en el futuro proceso, al efecto de dar cumplimiento al principio de inmediación y unidad de acto.

Por tanto, entendemos que en estos casos, la impugnación del informe pericial redactado se realizaría en el modo general previsto, es decir, en el acto de la audiencia previa o de la vista.

b) Existe la probabilidad fundada de que el autor del informe pueda no estar disponible en el acto del juicio

A diferencia del supuesto anterior, en este caso la anticipación tendría como objeto no sólo la redacción del informe sino también la ratificación o la aclaración por parte de su autor.

Por tanto, en caso admitirse la prueba anticipada propuesta, el futuro demandado o demandado el día de la celebración de la correspondiente vista, estará en posesión del informe pericial y contará con la presencia del perito redactor del informe de modo que le podrá dirigir aquellas preguntas que estime necesarias.

En este estado de cosas, en nuestra opinión, la impugnación carecerá de todo sentido, pues en la propia vista se procederá a discutir sobre los hechos a qué se refiere el informe pericial, se produzca la impugnación o no.

Atendiendo a cuanto hemos expuesto, consideramos que la falta de la mención de la impugnación de los documentos o de los informes periciales aportados de forma anticipada, parece ser una decisión meditada del legislador que consideró innecesaria la impugnación en esta fase procedimental.

Por tanto, aun concurriendo los requisitos necesarios para proceder a la impugnación, oportunidad del futuro demandado o del demandado de pronunciarse sobre los hechos alegados en la solicitud de anticipación y la intención de acreditar éstos por medio de la prueba documental o de informes periciales, la impugnación carece de sentido por las razones expuestas.

6.3 Requisito temporal

Tal y como hemos comprobado en el epígrafe 2.2.2 anterior, para que la prueba anticipada o el aseguramiento de la prueba *ante demandam* alcancen el valor probatorio deseado, el solicitante debe interponer la demanda en un plazo concreto.

En el caso de la prueba anticipada el plazo será de “dos meses desde que la prueba anticipada se practicó”²⁷⁰ mientras que en el supuesto del aseguramiento el plazo será de veinte días desde que se adoptó efectivamente la medida asegurativa.

En este sentido CORTÉS DOMÍNGUEZ afirma que “se trata en consecuencia, o bien de practicar la prueba anticipada, con todos los requisitos establecidos en la Ley, para el proceso que se iniciará en el futuro en modo tal que lo practicado no tendrá valor o eficacia alguna si no se interpusiere la demanda en el plazo de dos meses contados desde el momento en que se practicó”²⁷¹.

Lógicamente la ley guarda silencio respecto de aquellos casos en los que la prueba anticipada o el aseguramiento de la prueba se practica *lite pendente*. En estos casos, el resultado del medio de prueba practicado no perderá su eficacia salvo que el proceso finalice de forma anormal mediante desistimiento, transacción, renuncia o acuerdo extrajudicial.

6.4 Requisito subjetivo

Acorde con lo manifestado en el epígrafe 6.4.2.1 de capítulo segundo es sostener que la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba

²⁷⁰ Artículo 295.3 LEC

²⁷¹ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V. Op. Cit., pág. 234.

deben realizarse en sede jurisdiccional bajo la supervisión del juez o tribunal.

De este modo, tras la derogación de los preceptos referidos a la jurisdicción voluntaria contenidos en la LEC 1881, el resultado de la prueba anticipada y la adopción de la medida de aseguramiento sólo tendrán valor y eficacia en un proceso si se han ejecutado siguiendo la normativa procesal dispuesta al efecto, ante el correspondiente órgano jurisdiccional.

6.5 Requisito formal

SEOANE SPIEGELBERG²⁷² considera que la prueba anticipada se perfecciona mediante el cumplimiento de una última formalidad que viene determinada en el artículo 296 LEC²⁷³, que consiste en la custodia por parte del secretario judicial, del juzgado o tribunal donde se hubiere acordado la prueba anticipada, de los documentos o piezas de convicción resultantes hasta la celebración del juicio o vista del futuro proceso.

6.6. Requisito material. El temor fundado. Presupuesto de la anticipación probatoria y el aseguramiento de la prueba: El *periculum in mora*

²⁷² SEONE SPIEGELBERG, J.L. Op. Cit. Pág. 178-179.

²⁷³ Artículo 296 LEC: “1. Los documentos y demás piezas de convicción en que consistan las pruebas anticipadas o que se obtengan como consecuencia de su práctica, así como los materiales que puedan reflejar fielmente las actuaciones probatorias realizadas y sus resultados, quedarán bajo la custodia del Secretario del tribunal que hubiere acordado la prueba hasta que se interponga la demanda, a la que se unirán, o hasta que llegue el momento procesal de conocerlos y valorarlos.”

Algún autor²⁷⁴ sugiere que el presupuesto de la prueba anticipada es el *periculum in mora*.

Ahora bien, la coincidencia nominativa del requisito de la anticipación y del aseguramiento respecto del presupuesto de las medidas cautelares no debe conducir al error de considerar que la motivación que empuja a solicitar unas y otras es la misma.

En concreto, PEDRAZ PENALVA califica el *periculum in mora* como “el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva”²⁷⁵.

De todos es sabido que la correcta tramitación del proceso requiere la ejecución de una sucesión de trámites que consumen un cierto tiempo, frecuentemente largo, que puede *per se* frustrar su buen fin. En otras ocasiones, serán las partes implicadas en el proceso las que podrán aprovechar el lapso de tiempo necesario para su desarrollo para efectuar actuaciones que impidan que se alcancen los objetivos de aquél.

Para evitar esta posible frustración de los fines del proceso la ley otorga a los justiciables una serie de herramientas que les permiten salvaguardar sus derechos frente al transcurso del tiempo. Entre dichas herramientas pueden encontrarse las medidas cautelares, la anticipación probatoria y el aseguramiento de la prueba.

Ahora bien, pese a que todas ellas tratan de evitar que el transcurso del tiempo afecte a los derechos de las partes en el proceso, el daño jurídico urgente y marginal que pretende conjurarse con las medidas

²⁷⁴ PICÓ I JUNOY, J. La prueba anticipada...Op. Cit. Pág.7.

²⁷⁵VALLS GOMBAU, J.F. Op. Cit. pág. 35.

cautelares, la anticipación y el aseguramiento no es coincidente, como ya expusimos en los epígrafes anteriores del presente capítulo.

Recuérdese que, respecto de las medidas cautelares, el *periculum in mora* se refiere al temor de que el transcurso del tiempo necesario para tramitar correctamente un proceso permita al demandado alterar la situación actual, a fin de impedir o dificultar la ejecución del fallo de la futura sentencia.

En este sentido, el *periculum in mora* ha sido definido como “el riesgo de daño para la efectividad de la tutela jurisdiccional pretendida en el proceso principal”²⁷⁶ o como “el riesgo de ineffectividad de la eventual futura sentencia estimatoria”²⁷⁷.

Por tanto, la finalidad última de las medidas cautelares es procurar el mantenimiento del *status quo* con el objetivo de conseguir que el presumible contenido del futuro fallo de la sentencia pueda ser ejecutado en todos sus términos.

En cambio, en el ámbito de la prueba anticipada, el presupuesto del *periculum in mora*²⁷⁸ hace referencia al temor fundado a perder una fuente de prueba si no se practica en un momento procesal anterior al indicado en la norma, y así las cosas, el propósito de la anticipación es practicar un medio probatorio antes del momento procesal oportuno de modo que su resultado esté disponible para su valoración junto con el resto de la prueba que se practique en el proceso principal.

²⁷⁶ ORTELLS RAMOS, M. *Las medidas ...* Op. Cit., Pág. 150

²⁷⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Op. Cit. Pág. 390.

²⁷⁸ PICÓ Y JUNOY, J. “La prueba anticipada en la nueva ley de enjuiciamiento civil.” *Revista de Derecho Procesal*, La Ley. Oct. 2001, pág. 5.

Por lo que atañe al aseguramiento de la prueba, la LEC exige el mismo tipo de *perilculum in mora*: el temor fundado de que la fuente de prueba pueda ser alterada o destruida por medios humanos o naturales. En consecuencia, el aseguramiento protege, al igual que la prueba anticipada, una fuente probatoria, pero con la finalidad última de que se conserve y pueda introducirse finalmente al proceso.

Como se puede comprender de lo expuesto anteriormente, el *daño jurídico emergente y marginal* que se pretende conjurar en cada situación es sustancialmente diferente.

Las medidas cautelares tratan de eliminar aquel riesgo que pueda impedir la posible ejecución del fallo estimatorio de la futura sentencia, mientras que la anticipación y el aseguramiento procuran apartar el peligro que sobrevuela sobre las fuentes probatorias mediante su práctica o su aseguramiento, respectivamente.

Así las cosas, el *periculum in mora* en la prueba anticipada y en el aseguramiento coincide plenamente y ha sido calificado como “el temor fundado de la posible pérdida o deterioro de la prueba o de las dificultades que en su momento pudieran surgir”²⁷⁹.

Por consiguiente, el *periculum in mora* en la anticipación y el aseguramiento no habría que ponerlo en relación con el retraso en la obtención de una sentencia, sino en relación al peligro que supondría

²⁷⁹PRIETO CASTRO, L. Op. Cit. Pág. 221.

esperar al momento procesal legalmente establecido para la proposición y práctica de los medios de prueba.

En definitiva, mediante la anticipación y el aseguramiento se trataría esencialmente de evitar que el lapso de tiempo que transcurre desde que se decide iniciar un proceso hasta el momento ordinario señalado por la ley para la práctica de los medios de prueba, se pierdan, por actuaciones del hombre o acontecimientos naturales, fuentes probatorias esenciales para la acreditación de las pretensiones que fundamentarán o sostendrán la acción.

Este requisito está configurado en términos objetivos, como una previsibilidad o probabilidad concreta de peligro que se cierne sobre la fuente de prueba sin que, a pesar de la dicción literal del artículo 293 LEC, se acepten términos subjetivistas como la simple creencia de la existencia de un peligro inminente.

En este sentido se expresa claramente el Auto de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2ª, de 18 de septiembre de 2006, AAP AB 199/2006, cuando afirma que:

“la desestimación, es de todo punto insoslayable cuando el precepto citado solo prevé esa práctica anticipada en ese supuesto riesgo de no poder practicarse.”

a) Temor fundado. Acreditación

De lo expuesto anteriormente se comprende que la clave de la prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba está en acreditar al juez o tribunal la existencia de un temor fundado de que la fuente

probatoria se perderá o se perjudicará antes del inicio del proceso o antes de que el proceso ya iniciado llegue a la fase del juicio o de la vista donde, legalmente, corresponde la práctica de la prueba.

Por tanto, no se exige la certeza ni la seguridad de que efectivamente la fuente de prueba desaparecerá o se perjudicará finalmente, sólo debe acreditarse que es probable que así sea.

Por tanto, para admitir la petición de anticipación o de aseguramiento el órgano jurisdiccional no debe exigir la certeza ni la seguridad de que la fuente de prueba vaya a desaparecer o alterarse efectivamente sino la probabilidad de que, según las reglas de la lógica, así suceda.

Por tanto, el artículo 293.1 LEC²⁸⁰ exige acreditar, probar, la existencia del temor fundado de que la fuente de prueba puede perderse, lo que es distinto de probar que efectivamente la prueba se perderá. Para ello el interesado tiene que suministrar al juez o tribunal todos los elementos que acrediten -prueben- ese temor fundado.

La prueba de la existencia de este temor fundado podrá realizarse por cualquier medio probatorio, aunque lo lógico será que en la generalidad de los casos la acreditación se efectuó por medio de la prueba documental. Así, por ejemplo, cuando se pretenda acreditar el temor a que fallezca un enfermo terminal que conoce de los hechos del futuro proceso antes de que éste comience, se aportaran los informes médicos correspondientes, mientras que si se pretende alegar la imposibilidad de la asistencia de un testigo al acto del juicio

²⁸⁰ Artículo 293. 1 LEC “... cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto.”

por traslado de domicilio por motivos laborales se podrá aportar el contrato de trabajo suscrito entre el trabajador y la empresa.

Esto no quiere decir que no pueda recurrirse a la utilización de otros medios de prueba para la acreditación del temor fundado, puesto que los indicios serían otra vía perfectamente válida para alcanzar este objetivo, *v.gr.* fotografías de unos andamios que demuestran que se va a iniciar una obra en la fachada del edificio cuya cornisa cayó sobre un vehículo causándole graves daños.

Igualmente, sería posible acreditar la existencia del temor fundado por la vía de la admisión o de los hechos notorios. En este último caso, podría acreditarse el temor fundado por medio de recortes de periódicos o revistas que por ejemplo acrediten la próxima demolición controlada de un edificio en ruinas cuya falta de mantenimiento ha causado daños en el edificio en el que reside el solicitante de la prueba anticipada.

Por esta razón, el órgano jurisdiccional debe valorar si existe la probabilidad, no la seguridad, de que la fuente probatoria pueda desaparecer por voluntad humana o por razones naturales, tal y como lo afirma el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santander, de 4 de diciembre de 2002, AC 2002\1911, que dispone:

“Como se ha adelantado, si se apuesta por la ausencia de preferencia y sobre la compatibilidad, debe proporcionarse a la parte la facultad de acudir a ambos sistemas. No es dable ahora entrar en el fondo de la discusión futura. Sólo es razonable ahora valorar si indiciaria y

abstractamente la parte actora puede necesitar de la prueba anticipada propuesta.”

b) Supuestos de justificación del temor fundado

En definitiva, será esencial para el triunfo de la petición probatoria anticipada o asegurativa justificar que la no ejecución de la prueba anticipada o la no adopción de la medida de aseguramiento en el momento solicitado, provocará probablemente la pérdida de la fuente probatoria propuesta.

Así lo expresan claramente las dos resoluciones que traemos a colación, las cuales explican de forma clara qué debe entenderse por temor fundado.

En primer lugar, destacamos la resolución de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, de 25 octubre de 2001, AAP CR 67/2001, que describe el temor fundado en relación con la prueba anticipada:

“En segundo término, se ha de recordar que la base común a la anticipación es la oportunidad de su práctica, oportunidad que se ha de presentar como única en el tiempo en que se pretende su realización, pues si la fuente de la prueba pervive, será en el momento procesal correspondiente, dentro del proceso ya iniciado, cuando haya de ser practicada.

Por su parte, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, de fecha 30 mayo de 2005, AJM BI 25/2005, nos muestra un ejemplo, a nuestro juicio muy ilustrativo, del temor fundado que puede sustentar una petición de prueba anticipada.

En el caso de los programas informáticos el temor encontraría su sustento en la facilidad de modificar o alterar los archivos informáticos ante la previsión de una reclamación o el conocimiento de la interposición de una demanda:

“Es necesario además que la diligencia se verifique con carácter previo al proceso, pues ante una eventual presentación de la demanda, sería bien sencillo manipular o hacer desaparecer los datos que pudieran evidenciar un eventual acto vulnerador de los derechos de propiedad intelectual del actor. Ese temor a una eventual manipulación de los datos permite apreciar la causa prevista en el art. 293.1 de la LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).”

c) Supuestos de no justificación del temor fundado

Por el contrario, no sería posible admitir la existencia del temor fundado en aquellos casos en los que la petición se funde en una mera creencia o en una suposición, en aquellos otros supuestos en los que pueda concurrir enemistad entre las futuras partes del proceso, o en fin, en aquellas situaciones en las que el solicitante perciba cierta dificultad o constate la imposibilidad para acceder al lugar en el que se encuentran las fuentes probatorias tal y como tenemos la oportunidad de comprobar a continuación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Primera, de fecha 13 de abril de 2007, JUR 2007\262590, desestimó aquella solicitud de prueba anticipada que fundamentó el temor fundado en la suposición o en la creencia de que el futuro demandando podría remodelar un local ante el conocimiento de la interposición de la demanda. En concreto, la citada resolución dispone:

“Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el artículo 293 de la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente posibilita la realización de la prueba anticipada para cuando exista un temor fundado de que, por causa de las personas o estado de las cosas, dicha prueba no pueda practicarse en el momento procesal generalmente previsto. En el caso que enjuiciamos no existe tal temor, puesto que si la parte actora está tan convencida de que dicho local tiene servicio de agua hasta el punto de contar con un cuarto de aseo, la prueba pericial solicitada podrá perfectamente practicarse en el momento procesal oportuno, sin que la parte adversa al tener conocimiento del litigio, pueda llevar a cabo actos que anulen por completo o borren todo vestigio del servicio del agua del referido local.”

En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid Sección Vigésimo primera, de 19 enero de 2010, JUR 2010\105996, denegó la solicitud de prueba anticipada amparada en la mera creencia de que la documentación solicitada no iba a ser voluntariamente entregada o iba a ser destruida con anterioridad al momento procesal oportuno.

“Para que proceda la práctica de una prueba anticipada el artículo 293.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil requiere que exista un temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, los actos probatorios no pudieran realizarse en el momento

procesal generalmente previsto. Dejando aparte que, como bien señala la resolución impugnada, ni siquiera se acredita documentalmente que Caja Madrid se niegue a la entrega de los documentos interesados, lo cierto es que no se puede apreciar racionalmente un temor fundado de que dicha documentación vaya a desaparecer, cuando se encontraría en poder de una entidad con la notoria solvencia de Caja Madrid, debiendo presentar el fundamento de ese temor de la imposibilidad de la práctica posterior de la prueba una cierta objetividad, no procediendo acceder a la anticipación de la prueba en base a las simples y subjetivas alegaciones de la parte que la solicita. Cosa bien distinta es que para preparar la demanda determinados elementos probatorios faciliten su confección, pero ello no permite legalmente provocar la anticipación de la prueba; procediendo por cuanto se ha expuesto, desestimar el recurso de apelación formulado y confirmar la resolución apelada.”

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Lérida, Sección Primera, de fecha 21 de noviembre de 2002, JUR 2003\14791, desestimó la solicitud de anticipación al considerar que el temor fundado no podía quedar amparado en la existencia de una enemistad nacida entre las partes como consecuencia de una separación matrimonial. En concreto, esta resolución afirmó:

“Por otra parte, no concurren circunstancias de las que pueda inferirse el temor fundado a que dicha exhibición no pueda efectuarse durante el proceso que la apelante pretende entablar y en el que podrán valorarse tales documentos o en su caso la negativa injustificada a su exhibición; tan solo se hace referencia en el recurso a la enemistad con la otra parte, como único elemento o indicio que puede ponerse en relación con el peligro de extravío o deterioro que

alega, lo que parece apuntar a que el extravío o deterioro pueda causarse deliberadamente por quien presuntamente dispone de tales documentos, riesgo que en absoluto se conjura por el hecho de que la exhibición de los documentos sea requerida previamente a la incoación del proceso judicial que se anuncia, pudiéndose realizar la solicitud en el momento procesal generalmente previsto. Por todo ello, no resulta justificada la petición de prueba anticipada.”

Finalmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Primera, de fecha 25 de octubre de 2005, desestimó la petición de prueba anticipada ante la falta de acreditación por parte del solicitante de la existencia del temor fundado y basar la petición en la imposibilidad de solicitar la práctica de una prueba pericial por falta de recursos económicos.

“Ahora bien, es necesaria la lectura del motivo invocado, del Apartado 1º del art. 293 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que precisa los casos y causas de tal anticipación de prueba. Sólo dice el precepto sobre este particular que podrá solicitar la parte la práctica anticipada de algún acto de prueba "...cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. En el presente caso no encaja la solicitud de prueba anticipada en las prescripciones del art. 293, puesto que no existe ningún temor fundado de que tal prueba no se pudiera practicar en el momento procesal generalmente previsto, por lo que ha de considerarse correcta y ajustada a derecho la decisión adoptada al efecto por el juez de instancia, que esta Sala habrá de ratificar²⁸¹”.

²⁸¹ En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, a seis de noviembre de dos mil doce. AAP SE 3033/2012

CAPÍTULO QUINTO. PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA

1. Introducción

Como sabemos, la proposición de la prueba anticipada puede realizarse antes de trabarse la *litis* o ya iniciada la litispendencia. En consecuencia, trataremos esta figura refiriendo el contenido de cada solicitud según el momento en que se pueda producir la petición.

Iniciaremos el capítulo realizando una pequeña comparación entre la regulación anterior y la legislación actual, incidiendo en aquellos aspectos que consideramos más relevantes de cara a nuestro estudio.

A continuación dedicaremos la parte central del presente capítulo a exponer cuál debe ser, a nuestro juicio, el contenido de la solicitud de prueba anticipada según se interponga antes o durante proceso.

Seguidamente, dedicaremos unas líneas a la admisión de la prueba anticipada, y ante el silencio legal existente, a las posibles vías de impugnación de la decisión que adopte el juez o tribunal ante cualquiera de las peticiones entabladas.

Por fin, finalizaremos el capítulo refiriéndonos a la práctica de la prueba anticipada, a su posible reiteración y al plazo máximo de validez de la prueba anticipada.

2. Prueba anticipada *ante demandam*

2.1. Introducción

En el pasado más reciente, la prueba anticipada estaba regulada en la ALEC en los artículos 502 LEC y 545 LEC. Su escasa reglamentación adolecía de deficiencias de importancia -v.gr. falta de mención del tribunal competente o menoscabo de la contradicción-, que junto al excesivo plazo para su resolución provocaban su escasa petición y posterior práctica.

La “nueva” regulación de la prueba anticipada de la LEC fue considerada por algunos autores como una verdadera novedad que contiene verdaderos avances de interés.

Entre los avances conseguidos por la “nueva” regulación, debemos destacar la posibilidad de solicitar la práctica anticipada de cualquier medio probatorio, sin limitación alguna, si bien es cierto que con carácter general no se aceptará la prueba anticipada de la prueba documental, por considerarse poco probable que concurren casos en los que sea imposible practicar este tipo de pruebas en el momento oportuno.

Igualmente, la nueva regulación, superando antiguas limitaciones que se producían antaño²⁸², hace una mención expresa al principio

²⁸²Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 1992, RJ 1992/2009. “Bajo en núm. 5.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento

de contradicción²⁸³ que debe ser respetado en todo caso en el momento de practicar la prueba anticipada.

A pesar de estos notables avances²⁸⁴ la norma no ha alcanzado el nivel técnico suficiente, siendo censurable, por un lado, que no haya regulado de forma completa aspectos concretos que hubieran favorecido el uso de la anticipación, y por otro, que haya dejado dudas acerca de cuestiones tan importantes como el contenido de la solicitud.

Entre los aspectos censurables de la anticipación nos referiremos ahora someramente a la legitimación y a la falta de regulación de la prueba anticipada sin contradicción que son dos de los aspectos que más han llamado nuestra atención.

La ley trata con desigualdad a los futuros demandantes y a los futuros demandados antes del inicio del proceso. La norma permite únicamente al futuro actor solicitar la prueba anticipada, vedando tal posibilidad al futuro demandado.

Civil acusan los recurrentes, numerado como cuarto motivo, la infracción, otra vez, del art. 24 de la Constitución porque entienden que la prueba testifical anticipada consistente en la declaración que prestó doña Purificación, al realizarse sin intervención de la parte demandada y sin respetar el principio de contradicción, a su juicio, ha producido indefensión para aquéllos. ..., la naturaleza del acto excluye la participación de una parte demandada que todavía es sólo potencial dado que el art. 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, configura las pruebas anticipadas, como actos de prueba anteriores a la demanda, esto es como actos preparatorios que, necesariamente, no tienen que ir seguidos de la demanda, pues el resultado de los mismos cabe que determine su no presentación;... cuando todavía no hay intervención de parte contraria, ni, por tanto, contradicción.”

²⁸³Art. 295 LEC, en relación con el art. 289 LEC: “Las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal”

²⁸⁴SAÉZ GONZÁLEZ, J., en *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 1792.

La consecuencia práctica es que la prueba anticipada puede llegar a provocar en algunos casos la vulneración de los principios de defensa o de igualdad consagrados en la Constitución, como expondremos más adelante.

En segundo lugar, consideramos un error que la ley no haya previsto la posibilidad de practicar la prueba anticipada *inaudita parte*, tal y como se dispone para el aseguramiento de la prueba.

Es sumamente habitual que durante el transcurso de un proceso se produzcan dilaciones indeseadas, provocadas por el mal funcionamiento del propio órgano jurisdiccional o por las actuaciones dolosas ejecutadas por el demandado.

Si la *ratio* de la prueba anticipada es permitir la práctica de una prueba que corre peligro de desaparición por razones humanas o naturales, el legislador debería haber arbitrado los instrumentos necesarios para obtener dicho fin tal y como hace la legislación procesal italiana a la que nos hemos referido en el capítulo tercero²⁸⁵. En otro caso, es muy posible que en las actuales circunstancias por las que atraviesa la justicia, muchas de las peticiones que se realicen no lleguen a buen fin frustrando este instrumento tan útil y necesario para el éxito del proceso.

Otro de los problemas detectados en la nueva regulación de la prueba anticipada -y que puede conducir al quebrantamiento de los mencionados principios constitucionales- es el contenido de la solicitud de la prueba anticipada.

²⁸⁵ Vid. Capítulo tercero, epígrafe 2.1

El artículo 294.1 LEC²⁸⁶ no impone al futuro demandante la obligación de realizar en la solicitud una exposición pormenorizada de los hechos fundadores del futuro pleito, sino que las alegaciones irán encaminadas a acreditar la necesidad de ejecutar la prueba de forma anticipada y a explicar la relación entre los hechos expuestos y el o los medios de prueba propuestos.

De esta manera, el peticionario podrá limitarse a indicar en la solicitud los medios de prueba de los que tiene intención de valerse, haciendo una breve mención a las causas por las que pretende la anticipación probatoria y los resultados que procura obtener, sin referirse de forma completa al fondo de la futura demanda.

Esta indefinición respecto de las futuras pretensiones, provocará una limitación evidente al futuro demandado que no podrá aprovechar la prueba para su finalidad esencial, conseguir la convicción del juzgador acerca de las alegaciones realizadas.

En este sentido, si solicitante de la prueba anticipada se limita a cumplir escrupulosamente con el contenido del precepto 294.1 LEC antes mencionado, relatará los hechos concretos relacionados con la particular prueba que se pretende anticipar -no la totalidad de los que compondrán la demanda- y a solicitar la práctica anticipada de un concreto medio probatorio.

²⁸⁶Artículo 294 LEC “1. La proposición de pruebas anticipadas se realizará conforme a lo dispuesto en esta Ley para cada una de ellas, exponiendo las razones en que se apoye la petición”.

Por tanto, el solicitante en su petición no se referirá a todos los hechos fundamentales del futuro proceso que pueden tener una relación importante con los hechos objeto de la prueba anticipada.

Así las cosas, el desconocimiento por parte del futuro demandado o demandado de la totalidad o pluralidad de los hechos que configuran el objeto final del proceso, puede repercutir de forma negativa y decisiva, por ejemplo, en el planteamiento y posterior resultado del interrogatorio de la parte, del testigo o del perito que se formalice de forma anticipada.

La razón de dicha afirmación habría que encontrarla en el hecho de que en dicho interrogatorio la representación procesal del futuro demandado o demandado no formalizaría ciertas preguntas, que de haber conocido el contenido final de la demanda sí se hubieran realizado.

En nuestra opinión, esta es una de las razones fundamentales por las que el legislador prevé expresamente en el artículo 295.4 LEC²⁸⁷ la reiteración de las pruebas practicadas en el futuro proceso, tal y como comprobaremos en un ulterior epígrafe del presente capítulo.

2.2. Solicitud de prueba anticipada *ante demandam*

²⁸⁷Artículo 295.4 LEC: “La prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad.

La solicitud de prueba anticipada formulada antes del inicio del proceso se diferencia claramente de la solicitud de prueba ordinaria que se realiza, de forma general, en la audiencia previa o en el acto de la vista.

En primer lugar, la solicitud de la anticipación debe realizarse por escrito al contrario de lo que sucede con la solicitud de prueba ordinaria. Al tratarse del primer escrito que se interpone ante un órgano jurisdiccional, en nuestra opinión, la petición debería tener una estructura similar a una demanda, de forma que el “libelo” contendría la identificación del solicitante así como los datos de su abogado y de su procurador, una descripción de los hechos del futuro proceso junto con la prueba que se pretende anticipar, los fundamentos de derecho en los que se apoya la petición y el *petitum* que, a diferencia de la demanda, consistiría en la solicitud de admisión de la práctica del medio de prueba pretendido.

A continuación, procederemos a analizar cada una de las partes que componen la petición de la prueba anticipada *ante demandan*, puesto que, en nuestra opinión, todas tienen caracteres dignos de mención que las dotan de una cierta particularidad.

2.2.1. Identificación de las partes

Como hemos significado anteriormente, con la vigente redacción de la LEC se han superado antiguas limitaciones que se producían antaño

en relación con el principio de contradicción²⁸⁸, en consecuencia, en la actualidad este principio debe ser respetado en todo caso en el momento de practicar la prueba anticipada²⁸⁹.

Por tanto, es necesario que la solicitud contenga los datos identificativos de las personas que deben concurrir a la práctica de la prueba anticipada para que puedan participar debidamente en la misma. Sin embargo, este respeto de la contradicción ha quedado en cierta manera desvirtuado ante la deficiente regulación existente en torno al contenido de la solicitud, que puede provocar que la pretendida participación del futuro demandado en la prueba anticipada se limite a su mera presencia, como tendremos oportunidad de comprobar a continuación.

2.2.2. Hechos del futuro proceso

En primer lugar, en nuestra opinión, la petición de prueba anticipada deberá recoger una relación circunstanciada de los hechos relevantes²⁹⁰ que presumiblemente serán objeto del futuro proceso, debiendo destacarse aquéllos sobre los que debe recaer la práctica de la prueba que se solicita.

²⁸⁸Art. 295 LEC, en relación con el art. 289 LEC: “Las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal”

²⁸⁹ Auto Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, de fecha 30 mayo de 2005 “La práctica de la prueba con carácter anticipado se hará, además, con la debida contradicción, como exige el art. 295 de la LECiv. Pero para posibilitarla es preciso, previamente, obtener datos no manipulados, por lo que habrá que proceder en la manera que se ha expresado sin que la futura demandada conozca de la intención de la actora.”

²⁹⁰GESTO ALONSO, B. *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, pág. 16. “La relevancia de los hechos implica que sobre ellos puede ser construido efectivamente el supuesto fáctico de la norma legal que el juez ha de aplicar para esa concreta cuestión litigiosa.”

En segundo lugar, la petición deberá contener una explicación concreta y concisa acerca de la relación de los hechos expuestos con los medios de prueba solicitados, de forma que el órgano jurisdiccional pueda hacer un examen preliminar acerca de su pertinencia o de su utilidad respecto del objeto del futuro proceso, cuestión ésta a la que nos referiremos en el epígrafe posterior.

En tercer y último lugar, la solicitud deberá referirse concretamente al temor fundado de perder la oportunidad de practicar la prueba cuya anticipación se propone. Al respecto, y para evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a todo cuanto hemos expuesto en el epígrafe 6.4 del capítulo cuarto anterior.

En relación con los hechos necesitados de prueba se nos plantean dos dudas de interés. En primer lugar, cabe plantearse si los hechos fijados en la solicitud de prueba anticipada deben vincular a la parte que los ha alegado en el futuro proceso o si, por el contrario, el solicitante podría manifestar hechos diferentes en el escrito rector del futuro proceso.

En segundo lugar, se nos ha suscitado la duda de si sería posible excluir de la futura demanda alguno de los hechos alegados en la solicitud que hubieran sido objeto de práctica anticipada en la correspondiente vista.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la posible inclusión en la posterior demanda de hechos no alegados en el escrito de solicitud de prueba anticipada, encontramos argumentos para sostener dos posibles respuestas:

a) Los argumentos favorables para no permitir la inclusión de hechos diferentes a los contenidos en la solicitud de prueba anticipada en el futuro proceso habría que encontrarlos en las reglas de la buena fe, así como en la jurisprudencia que ha tratado una cuestión muy similar en el proceso monitorio.

Como hemos indicado anteriormente, en nuestra opinión, la solicitud de anticipación de un medio probatorio debe contener una referencia a los hechos relevantes relacionados con el futuro proceso para que, en primer lugar, el órgano jurisdiccional pueda valorar la pertinencia y la utilidad de los medios de prueba que se pretenden anticipar y, en segundo lugar, para que el futuro demandado pueda preparar y actuar adecuadamente en la práctica de la prueba anticipada, e igualmente, pueda conocer su posición de cara al futuro proceso²⁹¹.

Algunas voces podrían alzarse en contra de imponer al solicitante la carga de relatar los hechos relevantes del futuro proceso en la solicitud de anticipación al no haber nacido todavía el proceso. Mas en nuestra opinión, no existe tal obstáculo. Un proceso no nace de la nada sino que viene precedido de una controversia surgida entre dos partes respecto de uno o varios hechos y de su discusión en diferentes comunicaciones y reuniones, donde las partes implicadas habrán expuesto sus argumentos.

Por tanto, el solicitante, antes del inicio del proceso, estará en perfectas condiciones para exponer las alegaciones fundamentales del futuro proceso al solicitar la anticipación y no proceder en tal sentido,

²⁹¹SÁEZ GÓNZALEZ, J. en *Comentarios ...* Op. Cit. Pág. 1797. “De ahí que delimitar las obligaciones del que ha de ser actor a indicar los nombres de los que han de ser demandados no parezca bastante. Es preciso informar al posible demandado del objeto del proceso en el que han de integrarse los resultados de la prueba anticipada.”

en nuestra opinión, solo escondería la intención de obtener una concreta ventaja, bien de la prueba a practicar de forma anticipada, bien del futuro proceso lo que implicaría, en ambos casos, la vulneración de las reglas de la buena fe²⁹² y constituiría un claro abuso de derecho²⁹³.

Así las cosas, nos parece muy claro que el futuro demandante, mediante la interposición de la solicitud, crea una expectativa acerca del objeto del futuro proceso a la que el futuro demandado adecúa su proceder procedimental, el cual no debe verse defraudado o frustrado mediante actuaciones posteriores.

En consecuencia, cualquier actuación del futuro demandante que conllevara la no inclusión, intencionada o involuntaria, de determinados hechos relevantes en la solicitud de anticipación relacionados con la prueba a anticipar, o su posterior alteración o

²⁹² En este sentido debemos recordar que la buena fe ha sido calificada por la jurisprudencia como “la conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena.” En consecuencia, las partes en el proceso deben actuar “respetando al contrario, y sin ánimo de engañar ni confundir, ni defraudar.” Sentencias Tribunal Supremo de 21 de septiembre 1987, 8 de julio de 1981, de 15 abril de 1998, de 29 de febrero de 2000, 16 de junio de 2000, 25 de julio de 2000 y Auto Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007.

²⁹³ Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/invocacion-derecho-litigios-materia-societaria_11_184555010.html. “La jurisprudencia (Sentencias del TS 21 diciembre 2000, 16 mayo y 12 julio 2001, 2 julio 2002 y 28 enero 2005) exige para la apreciación del abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil) los siguientes elementos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo -ausencia de interés legítimo-), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo), sin que quepa invocar la sanción cuando el reprochado exceso en el ejercicio del derecho esté garantizado por precepto legal (sentencia del TS de 2 julio 2002, que cita las de 28 abril 1976 y 14 julio 1992).”

modificación en la demanda, podría considerarse como maliciosa, engañosa o defraudatoria, perjudicial para el futuro demandado y atentatoria de la buena fe.

El segundo argumento para sostener la prohibición de modificar el objeto del proceso, muy relacionado con el principio de buena fe antes comentado, tiene su apoyo en la aplicación analógica de la jurisprudencia²⁹⁴ que ha analizado la posibilidad de modificar o ampliar los argumentos expuestos en la oposición a la petición de proceso monitorio en la posterior contestación a la demanda.

Parte de la jurisprudencia, con apoyo en los artículos 136 LEC, 247 LEC, 11 LOPJ y 7.1 CC, considera que es necesario negar la posibilidad de modificar los hechos expuestos en el escrito de oposición a la petición inicial del proceso monitorio al interponer el escrito de contestación a la demanda, salvo que en el ínterin entre ambos momentos afloren hechos nuevos desconocidos para el demandado al tiempo de interponer el citado escrito.

La razón de dicha corriente jurisprudencial habría que encontrarla en la posibilidad de causar indefensión al demandante que acomodó su demanda a los argumentos formulados en la oposición del proceso monitorio y que puede verse sorprendido con la argumentación de nuevos hechos -no manifestados en la oposición del deudor en el proceso monitorio- en la contestación a la demanda.

²⁹⁴Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 22-2-2005, SEPIN 823/2004, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 4-1-2005, SEPIN 178/2004.

En este sentido, como hemos manifestado anteriormente, el deudor al oponerse a la petición de inicial del proceso monitorio crea una expectativa procesal en el futuro demandante, que no puede verse sorpresivamente truncada por actuaciones posteriores del deudor.

En nuestra opinión, por dicha razón, los motivos de la oposición del deudor deben ser idénticos, o al menos muy parecidos, a los que posteriormente se aleguen en la contestación en el procedimiento ordinario o en el verbal, de forma que el demandante no se vea sorprendido con la manifestación de nuevos desconocidos hasta ese momento.

Este argumento, es más intenso si cabe respecto del procedimiento verbal, puesto que el artículo 818.2 LEC²⁹⁵ dispone que una vez formulada la oposición el secretario realizará las gestiones necesarias para convocar a las partes para la celebración de la correspondiente vista, donde la contestación a la demanda se realizará de forma oral y el demandante no tendrá las mismas posibilidades de reacción que en el acto de la audiencia previa²⁹⁶.

²⁹⁵Artículo 818. 2 LEC: “Cuando la cuantía de la pretensión no excediera de la propia del juicio verbal, el Secretario judicial dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y acordando seguir la tramitación conforme a lo previsto para este tipo de juicio, convocando a las partes a la vista ante el Tribunal.”

²⁹⁶Artículo 426.1 LEC: “1. En la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario.”

b) A favor de admitir la posibilidad de introducir modificaciones o ampliaciones respecto de las alegaciones formuladas en la solicitud de anticipación probatoria podrían argumentarse otros dos motivos no menos importantes que los ya planteados, tales como la ausencia de prohibición legal expresa y la inexistencia de un concreto proceso.

La ley no delimita debidamente el contenido de la solicitud de prueba anticipada y no impone al solicitante la carga de manifestar, en el escrito de solicitud de prueba anticipada, todos y cada uno de los hechos que presumiblemente serán objeto del proceso principal. No existe precepto alguno en tal sentido.

A mayor abundamiento, el texto legal dispone que el futuro demandante, cuando plantea su solicitud, sólo tiene la carga procesal de exponer las razones en las que apoya su petición anticipatoria. En nuestra opinión, esta previsión hace referencia a la necesidad de acreditar el temor fundado a perder el medio de prueba que se pretende anticipar y no carga al solicitante con la necesidad de exponer todos y cada uno de los hechos relevantes del futuro proceso.

Así las cosas, siguiendo el tenor literal de la ley, sería perfectamente válido que la solicitud se limitara a explicar el peligro que se cierne sobre la prueba que se pretende anticipar así como los resultados que procuran alcanzarse tras la práctica de ésta de cara al futuro proceso.

Dicha afirmación tendría asiento en lo que algún autor ha definido como la faceta subjetiva del principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 de la Constitución que “está encarnada en la certeza del Derecho que consiste, básicamente, en la posibilidad de conocimiento previo por los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos²⁹⁷.”

De acuerdo con el contenido del mencionado principio, aunque de *lege ferenda* lo ideal sería que el futuro demandante, entre las razones en que apoyara su solicitud, incluyera unas líneas a explicar el objeto del futuro proceso, de *lege lata*, el solicitante no tiene la obligación legal de hacerlo, por lo que difícilmente la consecuencia jurídica de esta omisión puede traducirse en la imposibilidad de realizar nuevas alegaciones en la futura demanda.

Como segundo argumento favorable a la inclusión de nuevos hechos en la futura demanda, podría argumentarse que la petición de prueba anticipada *ante demandam* se produce antes del inicio del proceso y que en este particular momento no se puede hablar de partes, ni de demanda, ni de proceso, ni en fin, de cargas procesales, con lo que no entraría en juego ni la litispendencia²⁹⁸ ni la preclusión.

Este argumento es muy similar al desarrollado por BARONA VILAR al tratar las diligencias preliminares. Dicha autora considera a las diligencias preliminares como un acto de jurisdicción voluntaria y no como un verdadero proceso²⁹⁹.

²⁹⁷VIDAL MARÍN, T. “Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y tribunal constitucional” Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4263248.pdf

²⁹⁸DÍAZ FUENTES, A. Op. Cit. Pág. 95.

²⁹⁹BARONA VILAR, S. *Tutela civil y penal de la publicidad*, Universidad de Valencia, 1999, pág. 401. Considera las diligencias preliminares como

Dicha postura se fundamenta en que la petición de una diligencia preliminar no supone *ipso facto* el nacimiento de un proceso³⁰⁰ y en la negación del carácter de demanda a la petición que da inicio a este tipo de procedimientos. Esta afirmación³⁰¹ tiene su acomodo en cierta jurisprudencia³⁰² que considera a las diligencias preliminares como simples actos procesales o como meros procedimientos. No se trata, en consecuencia, de “un juicio” debido a “que no hay partes, sino solicitante y requerido, ni demanda, sino mera solicitud.”

Comprobada la batería argumentativa a favor y en contra de admitir la inclusión de hechos distintos de los referidos en la solicitud de anticipación en la futura demanda, en nuestra opinión, deben acogerse los argumentos favorables a impedir la modificación o alteración de los hechos expuestos en la petición de anticipación en los sucesivos escritos que den lugar al inicio del proceso, por los siguientes motivos:

- a) La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones muy similares a la ahora analizada al tratar el proceso monitorio y se ha apoyado en las reglas de la buena fe para negar la posibilidad de modificar los datos ofrecidos en la oposición del proceso monitorio, ante la posibilidad de crear indefensión a una de las partes.

“actos de jurisdicción voluntaria, por tratarse de requerimientos que se realizan mediante la denominada solicitud, no por demanda y que guardan conexión procesal con un verdadero, aunque aún no real sino presunto, proceso futuro.”

³⁰⁰*Ibidem.* “...el proceso deberá calificarse como presunto, no real.”

³⁰¹*Ibidem.*

³⁰²Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 15 de octubre de 1999, AC1999/2313.

- b) En línea con lo anterior, debemos ser conscientes de que cuando se interpone una solicitud de prueba anticipada el pleito tiene altas probabilidades de cristalizar y, en ese momento, las futuras partes son plenamente conscientes del objeto del proceso así como de sus fuerzas y sus debilidades respecto del mismo.

En este sentido es seguro que con antelación a la interposición de la solicitud, las futuras partes habrán mantenido reuniones, conversaciones y se habrán cruzado comunicaciones en relación con el futuro objeto del proceso, por lo que, en principio, no debería existir óbice alguno para que el futuro demandante incluyera todos los datos relevantes relativos al futuro pleito en la solicitud de anticipación.

- c) Así las cosas, la deliberada o involuntaria exclusión de alguno de estos hechos relevantes relacionados con la prueba anticipada, pese a no estar vedada legalmente, podría crear la falsa expectativa en el futuro demandado de que se ha producido una renuncia tácita a debatir sobre ellos en el proceso, pudiendo provocar que éste no realizara ninguna actuación probatoria en relación con los hechos omitidos en la solicitud de práctica de prueba anticipada con los perjuicios que tal decisión podría acarrear.

- d) Por último, consideramos que no pueden acogerse los argumentos expuestos que sostienen que la interposición de la solicitud de prueba anticipada no supone el nacimiento del proceso, por dos motivos fundamentales:

En primer lugar, entendemos que no todas las actuaciones anteriores al nacimiento de un proceso caen en la órbita de la jurisdicción voluntaria y, en segundo lugar, opinamos que existen ciertas actuaciones previas al concreto proceso que hacen nacer poderes y cargas procesales para las partes.

En relación con el primero de los argumentos expuestos, existen autores como BANACLOCHE PALAO, que sostiene que las diligencias preliminares son un verdadero proceso, donde “se afectan los derechos de los particulares que deben ser objeto del máximo respeto, lo que sólo se posibilita mediante la tramitación de un proceso con todas las garantías, dirigido por el correspondiente órgano jurisdiccional.”

En segundo lugar, y por lo que respecta a la inexistencia de facultades y cargas procesales antes del inicio del proceso, seguimos los postulados de VALLINES GARCÍA que entiende que existen actuaciones que se tramitan antes del inicio del concreto proceso que comportan un adelanto de las facultades procesales para los solicitantes, y su no ejecución en forma y plazo en dicho momento pueden provocar la preclusión de las mencionadas facultades³⁰³.

En relación con la segunda cuestión planteada, la posible exclusión en la futura demanda de hechos que han sido objeto de prueba anticipada, creemos imposible dar una respuesta unívoca y habría que tener en cuenta los siguientes escenarios:

³⁰³Contrario a nuestra tesis y favorable al respeto de la seguridad jurídica, VALLINES GARCÍA. E. *La preclusión en el proceso civil*, Thomson-civitas, Madrid, 2004, pág. 59.

a) Hechos que fueron objeto de prueba y que resultaron favorables al futuro actor

En nuestra opinión nada obstaría a que el futuro demandante, en aras de las facultades que le concede el principio dispositivo, decidiera finalmente no referir en la demanda ciertos hechos sobre los que se practicó la prueba anticipada y cuyos resultados resultaron favorables a sus propios intereses.

Con esta decisión, por lo general, el demandante no afectará ni vulnerará los derechos del futuro demandado y, en consecuencia, no existirá motivo para que el futuro demandado se alce o se oponga frente a dicha decisión.

b) Los resultados de la prueba práctica de forma anticipada son desfavorables para el futuro demandante y decide no mencionarlos en la demanda

Puede suceder que el resultado obtenido tras la práctica de un medio probatorio anticipado no sea el inicialmente esperado por el futuro demandante, e incluso, podría ocurrir que tal resultado fuera enteramente perjudicial para sus intereses.

Ante esta situación, el solicitante de la prueba anticipada podría adoptar la decisión de no mencionar los hechos objeto de prueba anticipada en la demanda, al efecto de evitar que dicha prueba accediera al futuro proceso.

Esta actuación, además ser contraria a la reglas de la buena fe y tratarse, en nuestra opinión, de un claro abuso de derecho, encontraría ciertos obstáculos jurídicos de entidad que impedirían tal tipo de actuación.

Estos impedimentos serían el principio de adquisición procesal y la interdicción de la renuncia en perjuicio de tercero.

El principio de adquisición procesal, no tiene acomodo legal y ha sido recogido por la jurisprudencia³⁰⁴. En opinión de PICÓ I JUNOY el principio de adquisición procesal es aquél “en virtud del cual la prueba practicada puede ser valorada por el juez, beneficiando o perjudicando dicha valoración a ambos litigantes, esto es, al margen de la concreta parte que la haya propuesto” de modo que “el resultado de la prueba beneficia y/o perjudica por igual a ambas partes, al margen de quien la haya aportado al proceso”³⁰⁵

³⁰⁴Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 24 abril de 2003, RJ 2003\3532. “En segundo lugar, la alegación de que «va contra toda lógica dar valor probatorio al informe pericial porque no fue aportado por quien le incumbía hacerlo» –con lo que se hace referencia a que lo fue por el codemandado Sr. Santiago, y no por la parte demandante–, contradice el principio de adquisición procesal, con arreglo al que el juzgador debe valorar las pruebas obrantes en las actuaciones sea cual sea el aportante, pues resulta irrelevante cuál de las partes haya aportado las pruebas practicadas (Sentencias 9 abril SIC y 31 diciembre 1997 [RJ 1997, 9410] , 7 marzo 2000 [RJ 2000, 1509]; 9 julio 2002 [RJ 2002, 5906], entre otras). También debe señalarse que la ley no exige una determinada dosis de prueba para declarar fijado un determinado hecho, rigiendo un coeficiente de elasticidad confiado a la función soberana del juzgador de instancia.”

³⁰⁵ PICÓ I JUNOY, J. *Derechos y garantías procesales*, JM Bosch, Barcelona, 2013, pág. 187.

Si como hemos expuesto el futuro demandante interpusiera la demanda sin alegar los hechos que fueron objeto de prueba anticipada, el futuro demandado podría poner de relieve tal hecho y podría solicitar al juez o tribunal ante el que se practicó la prueba que entregará los elementos de convicción custodiados para que estuvieran a su disposición en el momento de valorar su resultado.

Por lo que respecta a la interdicción de la renuncia en perjuicio de tercero, debemos significar que no toda renuncia al ejercicio de un derecho subjetivo propio es admisible en derecho. La ley proscribiera expresamente este tipo de actuaciones cuando se afectan, entre otros, los derechos de terceros.

Pues bien, es evidente que la renuncia efectuada por parte del futuro demandante respecto del resultado de una prueba practicada para obtener una ventaja y correlativamente perjudicar los intereses del futuro demandado está vedada por la ley tal y como se recoge en el artículo 6.2 CC, que permite expresamente al órgano jurisdiccional oponerse a tal renuncia cuando sea legalmente inadmisibles o pueda afectar al interés público o al de terceros, como sería el caso.

2.2.3. Hechos del futuro proceso y juicio de admisibilidad de la prueba que se produce dentro de un proceso pendiente

A continuación, realizaremos en las próximas páginas un pequeño recordatorio acerca de los requisitos internos o presupuestos que deben concurrir en los medios de prueba propuestos por las partes para la acreditación de los hechos controvertidos.

Por lo general, el juicio de admisibilidad de la prueba debe venir precedido de la verificación, por parte del órgano jurisdiccional, de la concurrencia de los parámetros establecidos en la ley. Estos requisitos legales no son otros que la pertinencia, la utilidad, la legalidad y la licitud.

En consecuencia, la admisión de la prueba supone filtrar por el tamiz de estos requisitos a cada uno de los medios de prueba propuestos para la acreditación de los hechos que sirven de base para la demanda o la contestación.

De esta manera, en un primer estadio debe ser objeto de examen la pertinencia que pretende verificar que cada uno de los medios de prueba aportará al proceso información relevante que guarda relación con las alegaciones de los hechos afirmados por una u otra parte, del derecho extranjero o, en fin, de la costumbre cuya existencia y contenido no sea admitida por ambas partes.

En segundo lugar, el juez o tribunal deberá analizar si la información que supuestamente aportarán cada uno de los medios de prueba se adecua al fin procesal pretendido que no es otro que esclarecer los hechos. Por tanto, el estudio de la utilidad³⁰⁶ es subsiguiente a la pertinencia y “hace referencia a la ineficacia práctica de la prueba”³⁰⁷.

³⁰⁶Vid. MONTERO AROCA, J. Op. Cit. Pág. 170. SEOANE SPIEGELBERG, J. L. Op. Cit. Pág. 136, DE LA OLIVA SANTOS, A. “Comentarios...”.Op. Cit. Pág. 291. Este autor se refiere a la utilidad en sentido negativo definiendo la inutilidad “como aquella que, según la experiencia, cabe razonablemente conjeturar que no logrará el resultado apetecido, pues existe inadecuación de medio a fin”. Por su parte, ABEL LLUCH, X. *Derecho probatorio*. Op. Cit. Pág. 283, entiende la utilidad como “la idoneidad del medio de prueba para acreditar el hecho controvertido. Por tanto, deben inadmitirse, por inútiles, aquellas pruebas por medio de las cuales aparece como imposible o irrazonable probar aquello que se intente”.

³⁰⁷DÍAZ FUENTES, A. Op. Cit. Pág. 56.

Además, GESTO ALONSO y MARTÍN OSTOS señalan que también pueden considerarse como inútiles aquellos medios de prueba que:

- i) “aun teniendo relación con los hechos controvertidos no supusiesen novedad alguna que pudiese influir en la sentencia”³⁰⁸ o
- ii) pretenden acreditar hechos ya demostrados por otros medios de prueba, es decir, “se trata de pruebas superfluas, repetitivas de lo probado”³⁰⁹. (Prueba *ex abundantia*).

Este parámetro de la prueba debe ser aplicado “de forma restrictiva por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva”³¹⁰, “por lo mismo que no se puede dar por probado un hecho hasta el momento del fallo”³¹¹ y, finalmente, “por el riesgo que puede suponer caer por exceso en una de las contradicciones más graves en que pueda incidir un tribunal: prejuzgar el caso”³¹².

Por último, el órgano jurisdiccional deberá velar por la observancia de las formalidades legales durante el desarrollo del procedimiento probatorio, al efecto de que no se vulneren los derechos de las partes mediante la infracción de la tramitación del proceso probatorio - legalidad- o la introducción de pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales -ilicitud-.

³⁰⁸GESTO ALONSO, B. Op. Cit. Pág. 20.

³⁰⁹LORCA NAVARRETE, A.M, J. En *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, T. III. Lex Nova, Madrid, 2000, pág. 1764.

³¹⁰RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I. Op. Cit. Pág. 140.

³¹¹DÍAZ FUENTES, A. Op. Cit. Pág. 56.

³¹²RAMOS MÉNDEZ, F. Op. Cit. Pág. 608.

La legalidad probatoria queda recogida en el artículo 283.3 LEC³¹³. La doctrina mayoritaria coincide en calificar como ilegal “la prueba practicada de forma irregular, con vulneración de alguna norma procesal”³¹⁴ o “aquella actividad tendente a acreditar un hecho contrario a la ley”³¹⁵.

El control de la legalidad respecto de los medios de prueba propuestos tiene un doble alcance. “Por un lado, el medio de prueba habrá de estar previsto en general por la ley. Por otro lado, es necesario que la ley no excluya determinados medios de prueba en el proceso correspondiente, atendiendo al objeto de éste.”³¹⁶

Por su parte, la ilicitud³¹⁷ se predica de aquellas fuentes probatorias que se han obtenido vulnerando algún derecho fundamental.

³¹³Artículo 283.3 LEC: “Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley.”

³¹⁴MAGRO SERVET, V. (Coord.) Op. Cit. Pág. 338. SEOANE SPIEGELBERG, J.L. Op. Cit. Pág. 142. ABEL LLUCH, X. Derecho Probatorio. Op. Cit. Pág. 284 “La legalidad se refiere a la observancia de las formalidades legales, esto es, los requisitos de tiempo y forma en la proposición de los medios de prueba. El art. 283.3 LEC recoge el principio de legalidad en materia probatoria, entendido como la sumisión del juez al procedimiento probatorio legalmente previsto. La ilegalidad de las pruebas debe conectarse con la contravención de las normas sobre procedimiento probatorio.”

³¹⁵ARMENTA DEU, T. Op. Cit. Pág. 174. “Se protege aquí la actividad probatoria, las reglas que regulan la actividad probatoria y la legalidad de los medios (los enumerados en la ley, su proposición y práctica).”

³¹⁶ORTELLS RAMOS, M. Op. Cit. Pág. 357. MARTÍN OSTOS, J. En *Comentarios ...* OP. Cit. Pág. 1765. “La prohibición se refiere tanto a la pretensión de introducir como medio de prueba actividades expresamente prohibidas como a la hipotética posibilidad de infringir la ley en la práctica de medios de prueba legales.”

³¹⁷ Artículo 287 LEC: “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 sentido, PICO I JUNOY afirma que “la prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental”³¹⁸.

Hasta aquí hemos recordado la regulación general sobre la admisibilidad de la prueba en el seno de un proceso pendiente. ¿Cabe aplicar esta regulación al ámbito de la prueba anticipada *ante demandam*?

Cuando la necesidad de la interposición de la solicitud se verifique antes de iniciarse el proceso, el juicio de admisibilidad acerca de la pertinencia, utilidad, legalidad o la licitud de la prueba no debe ser muy diferente del que se aplica si la petición se presenta con el proceso ya iniciado.

En un primer momento, podría argumentarse la imposibilidad de analizar la pertinencia del medio de prueba que se pretende anticipar al no estar debidamente trabada la *litis* ni fijados los hechos controvertidos, debido a que el demandado no ha tenido todavía la oportunidad de pronunciarse sobre ellos.

Por consiguiente, podría afirmarse que el objeto del proceso no está debidamente conformado y que resulta muy difícil, o casi imposible, apreciar si el medio o los medios de prueba propuestos guardan la necesaria relación con el futuro objeto de debate del próximo proceso.

³¹⁸PICO I JUNOY.J. “La prueba Ilícita en el Proceso Civil Español” en Temas atuais del proceso civil. Disponible en: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/52-v1-n-5-novembro-de-2011-/156-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-civil-espanol>. RAMOS MÉNDEZ, F. Op. Cit. Pág. 601.

Sin embargo, por nuestra parte nos decantamos por entender que tales situaciones no deberían producirse. Debemos insistir en nuestro argumento de que los procesos no nacen de la nada, de modo que cuando alguien decide adoptar un paso en tal sentido es porque ya ha tratado de alcanzar un acuerdo con la contraparte y la imposibilidad de adoptarlo le empuja a iniciar el proceso.

En consecuencia, el solicitante en el momento de interponer la solicitud anticipatoria, al igual que cualquier persona que pretende presentar una demanda, se encuentra en plenas facultades para delimitar el objeto del futuro proceso, y por consiguiente, en condiciones de permitir al órgano jurisdiccional valorar la pertinencia y la utilidad del medio que pretende anticipar respecto de aquél.

Por tanto, conociendo el relato fáctico contenido en la solicitud de prueba anticipada el juez o tribunal podrá valorar la pertinencia de los medios de prueba que se pretenden ejecutar de manera anticipada, con el objetivo de aportar información relevante al futuro proceso.

Igualmente, al conocer los hechos consignados en la solicitud, el órgano jurisdiccional podrá analizar la utilidad de los medios de prueba que pretenden practicarse de manera anticipada.

Comprobada la posibilidad de analizar los dos primeros parámetros de la prueba, nos resta ahora verificar si es igualmente posible el análisis de los dos últimos requisitos, la legalidad y la ilicitud probatoria.

Entendemos que no existe problema en cuanto al análisis estos parámetros con anterioridad al inicio del proceso, puesto que la interposición de la solicitud facultará a las partes para alegar cualquier posible vulneración de sus derechos fundamentales, de la misma manera que facultará al órgano jurisdiccional para dirigir y supervisar el correcto desarrollo del procedimiento probatorio, de forma que éste se practique regularmente y sin perjudicar los derechos de los terceros.

2.2.4. Fundamentos jurídicos

Por lo que respecta a los fundamentos jurídicos de la solicitud, queremos detenernos sobre dos aspectos concretos de la solicitud que han sido objeto de crítica doctrinal y que tienen una indudable importancia, la legitimación y la competencia.

2.2.4.1. Legitimación

Con carácter general, la totalidad de las partes involucradas en un proceso están legitimadas para proponer aquellas pruebas que consideran pertinentes y útiles para la acreditación de los hechos alegados o para la desacreditación de las alegaciones formuladas de contrario.

La prueba anticipada es una excepción. La ley contiene “dos regímenes jurídicos para este instituto”³¹⁹ en función de que la solicitud se formule *ante demandan* o ya iniciada la litispendencia.

³¹⁹GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G. Op. Cit. Pág. 231.

El artículo 293.1 LEC³²⁰, rompiendo con el principio formulado en los párrafos anteriores, atribuye la legitimación para proponer la prueba anticipada antes del inicio del proceso a un solo sujeto, el futuro demandante. Por el contrario, iniciada la contienda no existe limitación alguna pudiendo cualquiera de las partes solicitar la prueba anticipada.

En definitiva, la legitimación para solicitar la práctica anticipada de un medio probatorio la ostenta única y exclusivamente la persona que en el futuro pretenderá el reconocimiento de un derecho negándose tal legitimación a quien se dirija la correspondiente acción. Por consiguiente, ostenta la legitimación activa el futuro demandante.

Tan claro es el tenor de la ley que ha provocado que los Juzgados y las Audiencias Provinciales, en contra del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes contenido en el artículo 24 de la Constitución que se refiere a “todos”³²¹, están denegando sistemáticamente la posibilidad de solicitar la práctica de la prueba anticipada a los posibles o futuros demandados³²².

³²⁰Artículo 293.1 LEC: “Previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba...”

³²¹ABEL LLUCH, X. *El objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 329.

³²²Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección única, de fecha 5 de mayo de 2003. “Lo que, por el contrario, no podía verificar el demandado, quien ni podía encargar un informe al respecto por parte de perito de su libre designación, al no encontrarse el objeto a su disposición, ni podía solicitar la práctica de tal prueba como anticipada, pues tal derecho sólo lo tuvo una vez iniciado el proceso, como resulta del mencionado artículo 293. 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.” Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, de fecha 19 de junio de 2007. “En consecuencia, si el futuro y previsible proceso ha de tener como objeto la subsanación de los defectos al parecer existentes en las viviendas promovidas por la entidad ahora recurrente, es indudable que en tal proceso la referida entidad no

Cierto sector de la doctrina, como GARCIMARTÍN MONTERO, apoya esta “rigorista” interpretación literal y ofrece tres fundamentos adicionales, para denegar la legitimación al futuro demandado.

El primer argumento favorable a dicha postura se basa en afirmar que en este particular momento en el que se pretende la práctica anticipada de la prueba, los hechos sobre los que podría versar el futuro procedimiento o incluso el nacimiento del mismo resultan todavía inciertos. Por tanto, aunque el futuro demandado conozca la intención del demandante o la inmediatez del proceso, desconoce su objeto y, en consecuencia, no está en disposición de proponer la prueba adecuada, pertinente y útil para la resolución de la futura controversia.

El segundo argumento mantenido por la doctrina para afirmar la falta de legitimación del futuro demandado, se funda en la inexistencia del proceso y, por tanto, de las partes. Este argumento está íntimamente relacionado con lo sostenido por ciertos autores³²³ en relación con la falta de inicio del proceso por la interposición de la solicitud de prueba anticipada y en consecuencia nos remitimos al epígrafe 2.2.2 anterior, donde ya nos hemos tratado esta cuestión.

Como tercer y último argumento GARCIMARTÍN MONTERO afirma que de *lege lata* sería inútil otorgar la legitimación al futuro demandado antes del inicio del proceso porque la validez de la prueba

puede figurar en otra posición procesal que en la de parte demandada, por lo que, en aplicación del referido precepto legal, carece de legitimación para solicitar la práctica anticipada de la prueba pericial que ahora interesa.” Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de junio de 2007, JUR 2007/258510.

³²³BARONA VILAR. S. Op. Cit. Pág. 401. BONET NAVARRO, J. Op. Cit. Pág. 315.

anticipada dependería de la sola voluntad del demandante y de la interposición de la demanda dentro del plazo legal de dos meses exigido por la ley³²⁴.

Sin embargo, frente a dicha posición mayoritaria se han alzado otros autores³²⁵ en contra, como DÍAZ FUENTES, que consideran que si son inciertos los hechos en el momento de la solicitud para el futuro demandado, no lo son menos para el futuro demandante.

En definitiva, estos autores que consideran que la negación al futuro demandado de la posibilidad de solicitar la anticipación de un medio probatorio, supone una vulneración del derecho constitucional a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, que lleva aparejada la infracción del derecho a la defensa³²⁶.

Nosotros nos alineamos con aquellos autores que consideran que el futuro demandado debería contar con idénticas posibilidades que el solicitante. Tal y como hemos argumentado anteriormente, a día de hoy el inicio del proceso no sorprende a ninguna de las partes, puesto que lo normal habrá sido que antes de su comienzo los interesados hayan mantenido reuniones o se hayan cruzado comunicaciones en las que hayan relacionado los motivos de las discrepancias nacidas en relación con la prestación o el pago de ciertos bienes o servicios.

Así las cosas, una vez finalizadas las negociaciones, tanto el futuro demandante como el futuro demandado son plenamente conscientes de la inminencia y del objeto del futuro proceso y, en consecuencia, deben tener las mismas oportunidades de actuar en relación con las

³²⁴ CORDÓN MORENO, F. (Coord.) *Comentarios ...* Op. Cit. Pág. 1356.

³²⁵ ABEL LLUCH, X. *Derecho Probatorio*. Op. Cit. 329. DÍAZ FUENTES, A. Op. Cit. Págs. 100-101.

³²⁶ ABEL LLUCH, X., PICO I JUNOY, J. (Coord.), en *Aspectos ...* Op. Cit. Pág. 31. DÍAZ FUENTES, A. Op. Cit. Pág. 101.

fuentes de prueba cuya existencia pelagra y que pueden resultar esenciales para el devenir del futuro pleito.

En nuestra opinión, no es acertado dejar en las manos de una sola de las futuras partes la decisión de solicitar la práctica anticipada de un medio probatorio y mucho menos dejar a su entera voluntad la posibilidad de decidir cuándo iniciar el proceso, por las graves consecuencias que tal opción puede acarrear al futuro demandado.

En nuestra opinión, sería posible realizar una modificación del artículo 293.1 LEC en virtud de la cual se otorgará la legitimación activa, al futuro demandante y al futuro demandado.

Sentado lo anterior nos tenemos que enfrentar a la siguiente pregunta ¿Habrá que modificar el plazo determinado para la interposición de la demanda previsto en el artículo 295.3 LEC?

Como hemos expuesto en el epígrafe 6.3 del capítulo anterior, referido a los requisitos de la prueba anticipada, el artículo 295.3 LEC dispone que la prueba practicada *ante demandam* perderá su eficacia si no se interpone la correspondiente demanda en el plazo de dos meses desde que aquélla se practicó.

Sin embargo, por nuestra parte consideramos que en el caso de otorgar legitimidad al futuro demandado para interponer una solicitud de prueba anticipada, no sería necesario modificar dicho plazo, ni siquiera imponerle uno por las razones que exponemos a continuación:

En primer lugar, la intención del demandante y del demandado a la hora de solicitar la práctica anticipada de la prueba es diferente. *Ex lege*, el futuro demandante pide la anticipación probatoria con el objetivo inmediato de asegurar el resultado de un medio probatorio y con el fin mediato de iniciar un proceso frente al futuro demandado. Sin embargo, la motivación del futuro demandado es muy diferente. Con la posible interposición de la solicitud, éste pretende obtener el resultado del medio probatorio ante el temor probable, no seguro, de que un tercero interpondrá, en un plazo más o menos breve de tiempo, una demanda frente a él.

En segundo lugar, la imposición de un plazo de eficacia para la prueba anticipada practicada a instancia del futuro demandado no sería conveniente porque nos encontraríamos ante una situación parecida a la actual.

En este sentido, si el resultado de la prueba anticipada resultó contrario a los intereses del futuro demandante, éste no tendría más que esperar a que transcurriera el plazo legalmente establecido al futuro demandado a fin de que la prueba anticipada deviniera ineficaz e interponer la demanda, lo que como ya hemos manifestado anteriormente nos parece inadmisibile.

Dicho lo anterior, lo que sí entendemos es que la ley tendría que determinar un mecanismo para evitar los abusos o los usos indebidos de esta herramienta por parte de los futuros demandados.

En nuestra opinión, las soluciones más apropiadas para evitar abusos o peticiones infundadas serían la imposición de una caución, así como el establecimiento de un deber de confidencialidad respecto

de la información obtenida como resultado de la anticipación de la prueba.

Por un lado, por lo que respecta a la caución, esta podría exigirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho, y su importe y su duración deberían ser decididas por el órgano jurisdiccional, en función de las particularidades de cada caso.

Por otro lado, a fin de evitar que los futuros demandados tengan la tentación de utilizar indebidamente esta vía con el objetivo de obtener información de la contraparte, siguiendo la ley de patentes³²⁷ sería necesario imponerles un deber de confidencialidad y una correlativa sanción en caso de que se vulnerara tal deber.

De esta manera, el futuro demandado no podría comunicar la información suministrada mediante la anticipación probatoria, bajo pena de perder la caución entregada al órgano jurisdiccional o la imposición de una multa o sanción.

Evidentemente el secretario se quedaría en posesión los documentos y demás piezas de convicción en que consistan las pruebas anticipadas o que se obtengan como consecuencia de su práctica, así

³²⁷Artículo 122 LP: “Cuando para el esclarecimiento de los hechos objeto de los procedimientos judiciales a que se refiere este capítulo, ya sea a través de la práctica de diligencias preliminares o de medidas para el aseguramiento de la prueba, fuese necesario recabar información que a juicio del Juez o Tribunal sea de carácter confidencial, el órgano jurisdiccional adoptará la decisión de obtener o requerir la misma y dispondrá, a petición de las partes, las medidas y actuaciones necesarias para garantizar la confidencialidad de la información requerida y el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte procesal que demande la información.”

como los materiales que puedan reflejar fielmente las actuaciones probatorias realizadas y sus resultados, hasta que se interpusiera la demanda o se cumpliera el tiempo marcado por el juez o tribunal para la vigencia de la caución.

2.2.4.2. Competencia

Por lo que respecta a la competencia, de acuerdo con el tenor literal de la ley, podríamos concluir que la ley ha perdido una buena oportunidad de implantar soluciones recogidas en legislaciones extranjeras que hubieran permitido una mayor aplicación de la prueba anticipada antes del inicio del proceso. Pero esta primera impresión no debe confundirnos, puesto que como tendremos oportunidad de comprobar más adelante estas sí pueden encontrarse previstas de modo implícito en la LEC.

Conforme determina el artículo 293.2 LEC³²⁸, la competencia para conocer sobre las peticiones de prueba anticipada interpuestas antes del inicio del proceso viene atribuida a los órganos encargados de conocer la cuestión principal.

Por tanto, por regla general, los órganos jurisdiccionales a los que la ley atribuye la competencia para conocer de la solicitud de prueba anticipada son los juzgados de primera instancia así como los juzgados de lo mercantil, en las materias legalmente atribuidas.

³²⁸Artículo 293.2 LEC: “La petición de actuaciones anticipadas de prueba, que se formule antes de la iniciación del proceso, se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal. Este tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria.”

Además de los anteriores órganos podrían ser competentes para conocer y tramitar la solicitud de prueba anticipada los juzgados de paz en caso de que el futuro juicio tuviera que tramitarse por los cauces del juicio verbal y la reclamación de cantidad no superara los 90 euros.

Finalmente, también podría conocer y tramitar la petición de anticipación el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia en los supuestos recogidos en los artículos 56. 2 y 3³²⁹ y 73.2, a) y b)³³⁰ de la LOPJ.

Como se puede comprobar, parece que la ley no ofrece a los justiciables la posibilidad de solicitar la práctica de la prueba anticipada ante ningún otro órgano de los citados con anterioridad. Esta ausencia de excepciones ha sido criticada por la doctrina como

³²⁹Artículo 56 LOPJ “La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conocerá: 2º. De las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado, Defensor del Pueblo y Presidente y Consejeros de una Comunidad Autónoma, cuando así lo determine su Estatuto de Autonomía.

3º. De las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos.

³³⁰ “Artículo 73.2 LOPJ “Esta Sala conocerá igualmente: a) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, dirigidas contra el Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma y contra los miembros de la Asamblea legislativa, cuando tal atribución no corresponda, según los Estatutos de Autonomía, al Tribunal Supremo.

b) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o de cualesquiera de sus secciones.”

GARCIMARTÍN MONTERO o LÓPEZ SIMÓ que consideran que hubiera sido deseable haber aprovechado la redacción de la LEC para incluir idénticas o parecidas previsiones a las establecidas en las legislaciones italianas o alemanas tratadas en el capítulo tercero anterior³³¹.

En opinión de dichos autores, existiendo una situación de urgencia real³³², la solicitud de la prueba anticipada debería poder ser propuesta ante el juzgado del lugar más próximo al que se encontrara el medio probatorio a anticipar.

En consecuencia, hubiera sido posible que un enfermo fuera objeto de interrogatorio ante el juzgado más cercano al lugar de su convalecencia o que la petición de prueba pericial de una mercancía que se deteriora rápidamente pudiera ser solicitada ante el órgano jurisdiccional más cercano al lugar en que se encuentra, evitando así traslados o demoras innecesarias.

³³¹MUÑOZ SABATÉ, L. *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 217, PICÓ I JUNOY, J. “Aspectos críticos del sistema probatorio de la futura ley de enjuiciamiento civil” Congreso de Derecho Procesal de Galicia, La Coruña, 26 y 27 de noviembre de 1999, pág. 416. GARCIMARTÍN MONTERO, R. en “Comentarios...” Op. Cit. Pág. 1358. LÓPEZ SIMÓ, F. *Disposiciones generales de la prueba*, La Ley, Madrid, 2001, pág. 128. “Se ha dicho -y estoy de acuerdo- que, a fin de potenciar al máximo la efectividad de la anticipación de la prueba, debería permitirse, con carácter excepcional y por razones de especial urgencia, que la petición de prueba anticipada se dirija, en ocasiones, no al tribunal que ha de conocer del asunto principal, sino del lugar donde se encuentre el sujeto u objeto material de la prueba.”

³³²ABEL LLUCH, X. Op. Cit. Pág. 327 “...que no resulta del todo aventurada esta afirmación pues la propia LEC, en el art. 296 en su apartado 2, prevé que en caso de que de la demanda haya de conocer un tribunal distinto de aquel que acordó la prueba anticipada reclamará aquél de éste, a instancia de parte, los materiales obtenidos como consecuencia de la actividad probatoria.”

Sin embargo, para algunos autores no existe tal imposibilidad. ABEL LLUCH, apoyándose en la dicción literal del artículo 296.2 LEC³³³, considera que la ley está admitiendo de un modo implícito la posibilidad de solicitar y practicar la prueba de forma anticipada ante juzgados incompetentes para conocer del asunto principal.

Por nuestra parte, coincidimos con dicho autor y aportamos dos nuevos argumentos para fortalecer este argumento.

En primer lugar, el tratamiento legal de la declinatoria en relación con la prueba anticipada y, en segundo lugar, el contenido del artículo 168.1 LOPJ.

La competencia judicial ordinariamente puede ser analizada de oficio o a instancia de parte, por medio de la declinatoria. En el primer caso, el juez o el tribunal controlan de oficio su jurisdicción y su competencia, vigilando la observancia de los fueros imperativos establecidos en la ley.

En el segundo supuesto es la persona frente a la que se dirige el escrito de demanda la que tiene la carga de comprobar la debida interposición de la solicitud y, en caso de no estar conforme con el órgano ante el que se ha interpuesto la demanda para conocer de un determinado asunto, debe interponer un escrito denominado declinatoria.

Por tanto, la declinatoria es la herramienta puesta en manos del demandado tanto en el procedimiento ordinario como en el

³³³ Artículo 296.2 LEC: “Si de la demanda hubiese de conocer en definitiva un tribunal distinto del que acordó o practicó la prueba anticipada, reclamará de éste, a instancia de parte, la remisión, por conducto oficial, de las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones.”

procedimiento verbal, con la que se combate la competencia de un determinado órgano jurisdiccional para conocer y tramitar una determinada petición y que conlleva la paralización del proceso hasta su decisión.

Mas esta paralización del proceso no afecta a las peticiones accesorias y/o urgentes que pueda contener la demanda³³⁴. Así por ejemplo, si la demanda contiene una petición de medidas cautelares el órgano jurisdiccional deberá atenderla y tramitarla dando traslado a la parte contraria o señalando la correspondiente vista, pese a que se produzca la interposición de la declinatoria.

Del mismo modo ocurre con la prueba anticipada que se encuentra “blindada” ante la interposición de la declinatoria por mor del artículo 293.2 LEC. En efecto, el examen de la competencia en el ámbito de la prueba anticipada es restringido y sólo podrá realizarse de oficio por el juzgado o tribunal ante el que se interponga la petición, quedando expresamente prohibida su discusión por medio de la declinatoria.

En razón de esta restricción, y como solución ante la posible falta de examen o la comisión de errores por parte del órgano jurisdiccional a

³³⁴La *ratio* de la exclusión de la declinatoria respecto de las actuaciones urgentes en general y respecto de la anticipación o del aseguramiento en particular es perfectamente lógica y evidente. RIFÁ SOLER, J.M., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. VALLS GOMBAU, J.F. (Coord.) *Comentarios...* Pág. 1381. RIFÁ SOLER afirma que “la norma intenta impedir que mediante el uso de alegaciones de contenido procesal pueda paralizarse la práctica de esta diligencia de prueba, que por su naturaleza tendrá carácter urgente” DE LA OLIVA SANTOS, A. “*Comentarios...*” Op. Cit. Pág. 531. “La exclusión de la declinatoria obedece además a no permitir que la intervención en estas actuaciones, si proceden, impliquen sumisión tácita sino dejar la posible discusión sobre la jurisdicción y competencia a instancia de parte, para el momento procesal ordinariamente establecido”

la hora de decidir sobre su competencia en este tipo de solicitudes, la ley prevé expresamente en el artículo 296.2 LEC la posibilidad de remitir por conducto oficial el resultado de la prueba anticipada al juzgado o tribunal que finalmente resulte competente.

En segundo lugar, el artículo 168.1 LOPJ dispone que los jueces decanos “adoptarán las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable”³³⁵.

Por medio de dicho artículo el legislador está admitiendo expresamente la posibilidad de que se ejecuten actuaciones urgentes, como la prueba anticipada, siempre y cuando su inejecución antes del momento procesal oportuno pudiera provocar quebrantos a la parte interesada.

En definitiva, ya sea porque se ha elegido erróneamente el fuero para debatir un asunto, ya sea porque se trata de una situación de verdadera urgencia, la LEC otorga la posibilidad de solicitar y tramitar la prueba anticipada ante un órgano diferente al determinado por el artículo 293.2 LEC.

2.2.4.3. Postulación y defensa

³³⁵Artículo 168.1 LOPJ: “Los Decanos velarán por la buena utilización de los locales judiciales y de los medios materiales; cuidarán de que el servicio de guardia se preste continuamente; adoptarán las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable; oirán las quejas que les hagan los interesados en causas o pleitos, adoptando las prevenciones necesarias, y ejercerán las restantes funciones que les atribuya la ley”.

Por lo que respecta a la postulación, la petición de prueba anticipada deberá contener los datos del procurador encargado de la representación del futuro demandante y del abogado designado para su defensa, salvo que se aleguen razones de urgencia o concurran los requisitos legales generales contenidos en la ley para actuar sin procurador³³⁶ o sin defensa³³⁷.

Si la solicitud se interpone alegando razones de urgencia, el solicitante estará facultado para presentar la solicitud de anticipación sin poder de representación alguno y sin designar al correspondiente abogado.

No obstante, esta actuación sin representación ni defensa no se mantendrá durante toda la tramitación del incidente. Una vez haya sido admitida la solicitud y para los sucesivos actos procesales, el

³³⁶Artículo 23.2 LEC: “2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán los litigantes comparecer por sí mismos: 1. ° En los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2.000 euros y para la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta 2. ° En los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas. 3. ° En los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio. 3. El procurador legalmente habilitado podrá comparecer en cualquier tipo de procesos sin necesidad de abogado, cuando lo realice a los solos efectos de oír y recibir actos de comunicación y efectuar comparecencias de carácter no personal de los representados que hayan sido solicitados por el Juez, Tribunal o Secretario judicial. Al realizar dichos actos no podrá formular solicitud alguna. Es incompatible el ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales.”

³³⁷Artículo 31.2 LEC: “Exceptúanse solamente: 1. ° Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2.000 euros y la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley. 2. ° Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones. Cuando la suspensión de vistas o actuaciones que se pretenda se funde en causas que se refieran especialmente al abogado también deberá éste firmar el escrito, si fuera posible.”

solicitante deberá actuar representado por un procurador y defendido por un abogado.

Por el contrario, el solicitante podrá actuar sin estar representado por un procurador y sin estar defendido por un abogado durante todo el incidente anticipatorio, siempre y cuando se prevea que el futuro procedimiento se tramitará por los cauces del juicio verbal y su cuantía no superará los dos mil euros.

2.2.5. *Petitum*

El solicitante habrá de indicar en su petición el medio o los medios de prueba cuya anticipación se pretenden. Lo lógico será que el peticionante proponga la anticipación de un sólo medio de prueba aunque nada impide, que si concurren los presupuestos necesarios, el interesado solicite la anticipación de varios medios de prueba.

3. Prueba anticipada *lite pendente*

3.1. Solicitud de la prueba anticipada *lite pendente*

Al igual que hemos manifestado al tratar la solicitud de prueba anticipada *ante demandam*, la petición anticipatoria que se efectúe ya trabada la *litis* deberá realizarse por escrito.

En nuestra opinión, esta petición debería realizarse siguiendo el esquema del escrito de demanda porque ofrece la posibilidad de exponer de forma detallada y diferenciada los hechos de los fundamentos jurídicos, permitiendo al órgano jurisdiccional

comprobar la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la prueba anticipada.

Ahora bien, puede darse la circunstancia de que en el momento en que se solicite la petición de prueba anticipada, la demanda, e incluso, la contestación a la demanda hayan sido debidamente formalizadas, de manera que no sea tan necesario hacer un relato fáctico tan amplio como cabría esperar cuando la petición se realiza *ante demandam*.

En estos supuestos, las partes ya habrán identificado a las partes, descrito pormenorizadamente los hechos e, incluso, si se ha producido la interposición de la contestación a la demanda puede haber quedado muy perfilado el objeto del proceso, como tendremos oportunidad de comprobar más adelante.

3.2. Identificación de las partes

El respeto de la contradicción se mantiene aun cuando la petición de anticipación se realice ya iniciado el proceso, de manera que el ya demandante o el demandado puedan participar en la misma con plenas garantías.

3.3. Hechos de la solicitud

Como hemos explicado anteriormente, la extensión del relato fáctico dependerá del estado del proceso, a saber:

- a) Si se ha interpuesto la demanda y el solicitante de la prueba anticipada es el demandante, la relación de los hechos

fundamentadores de la petición anticipatoria no deberá ser tan profusa como si no existiera aquélla.

De hecho, en nuestra opinión, bastaría con que el solicitante se remitiera a ellos, indicando sobre cuáles es necesario practicar la prueba anticipada.

- b) Si se ha interpuesto la demanda y el solicitante de la prueba anticipada es el demandado, deberá exponer en la solicitud los motivos de su oposición señalando, aquellos hechos que considera controvertidos, al efecto de facilitar al órgano jurisdiccional su labor a la hora de analizar la concurrencia de los requisitos intrínsecos respecto de la prueba anticipada solicitada.
- c) Si se ha interpuesto la demanda y la contestación. Ya sea el demandante ya sea el demandado podrán remitirse a los escritos interpuestos y limitarse a señalar en su escrito los hechos controvertidos y necesitados de prueba anticipada.

Por el contrario, la necesidad de explicar el temor fundado a la pérdida de una fuente probatoria no debe ceder ante la existencia del proceso. Es más, en nuestra opinión, el nacimiento de éste debe conllevar una mayor explicación de aquel temor, puesto que, *lite pendente*, el tiempo que resta para arribar al momento procesal oportuno para proceder a la práctica de las pruebas es sensiblemente menor que en el supuesto de la anticipación *ante demandam*.

3.4. Fundamentos jurídicos

Muchos de los problemas abordados en el epígrafe 2.2.4, dedicado a los fundamentos jurídicos de la solicitud de prueba anticipada efectuada *ante demandam*, desaparecen cuando la solicitud de anticipación se realiza ya iniciado el proceso.

3.4.1. Legitimación

Conforme determina el artículo 293.1 LEC, la legitimación para interponer la solicitud de prueba anticipada ya iniciado el proceso se amplía. En efecto, *lite pendente* la ley legitima de manera expresa a ambas partes para pedir la práctica de algún medio probatorio de manera anticipada.

3.4.2. Competencia

Por imperativo del artículo 293.2 II³³⁸ LEC, la competencia para conocer la solicitud de la prueba anticipada la ostenta el órgano jurisdiccional que esté conociendo del asunto.

En nuestra opinión, y aunque la ley no manifiesta nada en absoluto, entendemos que *lite pendente* tampoco es admisible alegar la declinatoria frente a una petición de prueba anticipada, si bien dicha posibilidad se daría únicamente en aquellos casos en los que la petición anticipatoria se contuviera en la propia demanda.

En relación con la anterior debemos distinguir entre la interposición de la declinatoria dirigida a atacar la competencia del órgano

³³⁸Artículo 293.2 II LEC: “Iniciado el proceso, la petición de prueba anticipada se dirigirá al tribunal que esté conociendo del asunto”

jurisdiccional para conocer del asunto principal, de aquella que pudiera dirigirse frente a la petición de prueba anticipada.

La primera lógicamente está permitida en virtud del artículo 63 LEC pero su admisión no puede suponer en ningún caso la paralización de la petición de prueba anticipada, puesto que como hemos argumentado en el epígrafe 2.2.4.2 anterior, ésta deberá ejecutarse por el órgano jurisdiccional ante el que se planteó la demanda, resulte finalmente competente o no.

3.5. Postulación y defensa.

El solicitante deberá estar representado por un procurador y defendido por un abogado salvo que concurran las circunstancias descritas en el epígrafe 2.2.5 anterior.

3.6. *Petitum*

Por lo general el *petitum* de la petición anticipatoria será idéntico al de la solicitud realizada antes del inicio del proceso.

4. Admisión e impugnación de la prueba anticipada

4.1. Admisión de la prueba anticipada

Una vez recibida la solicitud de prueba anticipada, ya sea *ante demandam* o *lite pendente*, el órgano jurisdiccional deberá analizar la concurrencia de todos los requisitos formales y materiales expuestos en el epígrafe sexto del capítulo cuarto para proceder a su admisión o a su inadmisión.

Conforme determina el artículo 294.2 LEC³³⁹ la decisión acerca de la admisión o la desestimación por el juez o tribunal de la petición de prueba anticipada debe realizarse por medio de providencia.

Frente esta opción legislativa contenida en el artículo 294.2 LEC antes señalado, la práctica forense y parte de la doctrina³⁴⁰ sostienen que tanto la admisión como la desestimación de la solicitud de anticipación planteada debe quedar reflejada en un auto y no en una simple providencia.

Esta corriente jurisprudencial considera que la decisión judicial acerca de la prueba plasmada en una providencia choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 206 LEC³⁴¹, que se refiere a las clases

³³⁹ Artículo 294.2 LEC: “Si el Tribunal estimare fundada la petición, accederá a ella, disponiendo, por medio de providencia, que las actuaciones se practiquen cuando se considere necesario, siempre con anterioridad a la celebración del juicio o vista, realizándose por el Secretario judicial el oportuno señalamiento.”

³⁴⁰ SEOANE SPIEGELBERG, J.L. Op. Cit. Pág. 179. “Sin embargo, nada dice en relación con la denegación de la petición de la prueba anticipada, en cuyo caso tal decisión deberá ser motivada y revestir la forma de auto (art.206.2.2ª). En contra BONET NAVARRO, J. Op. Cit. Pág. 322 y ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R. Op. Cit. Pág. 31. En este último caso los autores señalan que la providencia debería ser al menos sucintamente motivada.

³⁴¹ Artículo 206.1.2ª LEC: “Se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvención, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones.

También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta Ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto.”

de resoluciones, y que determina de forma meridiana que la admisión o inadmisión de prueba debe resolverse por medio de auto.

Es tal la claridad de dicho artículo que los órganos jurisdiccionales, en contra de lo dispuesto en el precepto que regula la prueba anticipada, acuden a la aplicación del mencionado artículo 206 LEC y desestiman la pretensión anticipatoria por medio de auto.

Entendemos que esta corriente jurisprudencial adopta esta decisión amparada en dos razones adicionales a la anteriormente expuesta: dar la posibilidad al justiciable de conocer las razones por las que se inadmite su petición y otorgarle la posibilidad de que un órgano superior revise la decisión del juzgado *a quo*.

Por lo que respecta a la primera razón, nos parece muy recomendable que el órgano jurisdiccional exponga los motivos de su decisión, a fin de que el afectado tenga la oportunidad de examinar si su decisión judicial se ajusta a derecho o si, por el contrario, se trata de una resolución arbitraria o caprichosa.

En cuanto a la segunda razón, aplaudimos la posibilidad que se otorga al solicitante de impugnar la decisión por medio del correspondiente recurso de apelación, ya que la sucesiva interposición de los recursos dará lugar a fallos que irán creando la necesaria jurisprudencia para perfilar y completar la deficiente regulación existente y constituirán el faro que guiará a los solicitantes en las futuras peticiones anticipatorias.

Mas como tendremos oportunidad de comprobar más adelante, esta decisión judicial puede afectar de forma negativa al normal desarrollo de la prueba anticipada.

4.1.1. Admisión de la solicitud de la prueba anticipada

En el caso de que se admita la solicitud, es de suponer que el órgano jurisdiccional, sea por medio de providencia, sea por medio por auto, no sólo se pronunciará sobre la concurrencia de los presupuestos de la solicitud sino que, igualmente, acordará la citación de la contraparte y señalará un día para la práctica del medio de prueba solicitado.

En relación con la admisión de la prueba anticipada cabe preguntarse si es esta decisión es susceptible de ser recurrida por la contraparte en los términos establecidos en el artículo 285 LEC³⁴².

Conforme el tenor de la ley habría que responder que no, puesto que el artículo 295 LEC sólo prevé la práctica contradictoria de la prueba anticipada, de modo que dicho precepto no regula la participación del sujeto pasivo de la prueba anticipada ni en su proposición, ni en su admisión.

³⁴²Artículo 285 LEC: “1. El tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas. 2. Contra esa resolución sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.”

Asimismo, podemos aportar otro argumento, de índole práctica, desfavorable a la impugnación de la admisión de la prueba anticipada.

Los órganos jurisdiccionales comparten las salas de vistas de ahí que solo puedan celebrar las comparecencias uno o dos días a la semana. Así las cosas, es muy improbable que tras realizar un señalamiento el juez o tribunal se “arriesgue” a sacrificar una de las pocas vistas que puede celebrar semanalmente dando la oportunidad al futuro demandado o demandado de impugnar una prueba ya admitida, máxime cuando la misma se refiere a una cuestión relativa a un proceso no iniciado o en una situación muy incipiente.

Ahora bien, dicho lo anterior tampoco sería descartable que, tal y como hemos manifestado en el epígrafe 6.2 del capítulo cuarto, pueda darse la circunstancia de que en la vista el juez o tribunal conceda la palabra al representante del futuro demandado o demandado para referirse no sólo a esta particular cuestión, sino acerca de los hechos sobre los que debe versar la prueba, pese a no estar prescrito legalmente.

4.1.2. Impugnación de la inadmisión de la prueba anticipada

Atendiendo a cuanto hemos expuesto en el epígrafe anterior, existe una doble vía para impugnar la inadmisión de la prueba anticipada. La opción por una u otra vendrá determinada por la resolución que adopte el órgano jurisdiccional a la hora de inadmitir la solicitud.

4.1.2.1. Impugnación de la providencia que inadmite una petición de prueba anticipada *ante demandam*

Al igual que ocurre con la admisión de la prueba anticipada, la ley dispone que el juez o tribunal desestimará la petición de prueba anticipada por medio de providencia.

Ante tal decisión el solicitante podrá alzarse frente a dicha resolución mediante la interposición del correspondiente recurso de reposición siguiendo el esquema general contenido en el artículo 451 LEC.

El recurso de reposición no suspende el proceso y es sustanciado por el propio órgano que emitió la resolución impugnada, de forma que la inicial resolución de inadmisión será revisada, de nuevo, por el propio juez que la emitió pero con la ventaja añadida de que la nueva resolución adoptará forma de auto y estará debidamente fundamentada con lo que el solicitante podrá conocer los motivos de la inadmisión.

4.1.2.2. Impugnación del auto que inadmite una petición de prueba anticipada *ante demandam*

La consecuencia que tiene la desestimación de la petición de prueba anticipada por medio de auto, es que la impugnación de la citada resolución judicial debe realizarse por medio del recurso de apelación.

Esto supone, en el plano práctico, que la impugnación de estas resoluciones por esta vía no servirá para colmar las aspiraciones del solicitante, puesto que la prueba anticipada, que se caracteriza por ser una institución urgente que no admite demoras, devendrá ineficaz ante el lapso de tiempo que debe consumirse para cumplimentar los

trámites necesarios para lograr obtener el fallo del recurso de apelación.

Por tanto, en nuestra opinión, la opción legislativa debe imperar frente a la opción mantenida por la corriente jurisprudencial y parte de la doctrina antes citada.

Como hemos manifestado anteriormente la anticipación probatoria requiere agilidad y rapidez, al efecto de impedir la posible pérdida de la oportunidad de probar las alegaciones que sostendrán el futuro proceso. Esta agilidad se obtiene por la vía del recurso de reposición cuyos plazos de ejecución son sensiblemente menores a los establecidos para el recurso de apelación.

Además, debemos destacar que no se podrá tachar la decisión final que adopte el órgano jurisdiccional como carente de fundamento, puesto que tras la impugnación de la providencia que deniega la petición, el juez, al resolver el recurso de reposición habrá de emitir un auto motivando su decisión³⁴³.

³⁴³ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14^a, de 20 de septiembre de 2012. “Las condiciones de recurribilidad son examinarles de oficio, y revisadas llegamos a la conclusión de que el recurso está mal admitido. El recurso de apelación procede contra todas las sentencias, los autos definitivos, y los autos en los que legalmente este previsto, Art.455 L.E.C. Los Arts. 293 a 296 L.E.C. reguladores de la prueba anticipada no contienen previsión expresa de recurso de apelación directo. Lo único que dicen es que si se estima procedente se hará por providencia, y es sabido que contra las providencias solo cabe recurso de reposición, y no de apelación. La consecuencia de esta regulación es que el auto que desestima la prueba anticipada no es definitivo; no pone fin al proceso haciendo imposible su continuación, y contra el solo cabe el recurso de reposición del Art.451 L.E.C ., con la posibilidad de reproducir la cuestión a la hora de apelar la sentencia definitiva, ex Art.455 L.E.C.” Auto de la Audiencia Provincial de Vigo, Sección Sexta de 2 de noviembre de 2010. “En relación con la proposición de prueba anticipada el art. 294-2 LEC establece que si el Tribunal estimare fundada la petición, accederá a ella, disponiendo, por medio de providencia, que las actuaciones se practiquen cuando se considere necesario, siempre con anterioridad a la celebración del juicio o

4.1.2.3. Impugnación de la resolución que inadmite una petición de prueba anticipada *lite pendente*

En nuestra opinión la impugnación de las decisiones judiciales referentes a la prueba anticipada existiendo litispendencia seguirán idénticos trámites a los expuestos al tratar esta cuestión en relación con la anticipación antes del inicio del proceso.

5. Práctica de la prueba anticipada

Analizadas ya las posibles vías de impugnación de la admisión e inadmisión de la solicitud de anticipación probatoria, procederemos a estudiar a continuación el modo en que deben practicarse anticipadamente cada uno de los diferentes medios de prueba.

Al respecto, el artículo 295.1 LEC³⁴⁴ determina que la práctica de los medios de prueba anticipados se realizará siguiendo las normas generales dispuestas para la ejecución de cada uno de ellos.

Por tanto, en principio, la práctica anticipada de los medios probatorios no debería generar ningún problema. Sin embargo, como consecuencia del momento y del estado del proceso pueden darse las siguientes circunstancias dignas de mención:

vista, realizándose por el Secretario judicial el oportuno señalamiento. Aun cuando en el epígrafe del precepto se hace referencia a "Proposición de prueba anticipada, admisión, tiempo y recursos" es lo cierto que nada se indica acerca de esta última cuestión, por lo que debemos estar a las normas generales. Así contra las providencias sólo cabe interponer recurso de reposición, tal y como establece el art. 451-2 LEC, siendo irrecurrible el Auto que resuelve esta, según dispone el art. 454 LEC."

³⁴⁴Artículo 295.1 LEC: "...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."

a) Interrogatorio de parte

No existe particularidad alguna en relación con la práctica de este medio de prueba, por lo que se seguirán los dictados de las normas generales dispuestas en los artículos 301 a 316 LEC.

El único aspecto que nos ha llamado la atención ha sido la aparente contradicción existente entre el artículo 295.4 LEC que admite expresamente la reiteración de las pruebas practicadas de forma anticipada, y el artículo 314 LEC³⁴⁵, que prohíbe expresamente la reiteración del interrogatorio de parte.

En relación con dicha cuestión, ABEL LLUCH afirma que “existe un supuesto en el que es posible la reiteración de la práctica de la prueba de interrogatorio, cuando la misma se ha practicado con carácter anticipado sin que todavía se hubiera incoado el procedimiento, (porque así se ha solicitado por temor fundado de no poderse practicar en el momento procesal oportuno) e, incoado el procedimiento, en el momento probatorio, se pudiera llevar a cabo y así lo solicitase alguna de las partes, en cuyo caso ambas pruebas se valorarán conforme las reglas de la sana crítica”³⁴⁶.

En nuestra opinión, el contenido general del artículo 314.1 LEC debe ceder ante el contenido especial del artículo 295.4 LEC, que tiene perfecto sentido, tal y como tendremos oportunidad de ampliar en el

³⁴⁵Artículo 314 LEC: “No procederá interrogatorio de las partes o personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 sobre los mismos hechos que ya hayan sido objeto de declaración por esas partes o personas.”

³⁴⁶ABEL LLUCH, X. *El interrogatorio de las partes*, JM Bosch, Barcelona, 2007, pág. 81.

siguiente epígrafe que dedicaremos precisamente a la reiteración de la prueba práctica anticipadamente.

b) Documentos públicos y privados

En nuestra opinión es improbable que la prueba documental tenga amparo bajo el paraguas de la prueba anticipada por la dificultad de que concurra el temor fundado a no poder aportar los documentos en el momento procesal oportuno.

En este sentido, debemos recordar que los documentos públicos o a los libros de los comerciantes, por norma general, quedan debidamente archivados o deben ser custodiados por imperativo legal por el empresario durante un periodo de seis años.

c) Dictamen de los peritos

“La prueba pericial o dictamen de peritos es un medio de prueba en virtud del cual una persona con conocimientos especializados o técnicos que el órgano jurisdiccional no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el juez pueda valorar mejor la naturaleza de los elementos o hechos de prueba, sin olvidar que esa prueba debe referirse precisamente a conceptos, juicios y máximas de experiencia propias de un saber especializado.”³⁴⁷

Esta prueba puede descomponerse en dos hitos diferentes, la redacción de un informe donde se contienen las consideraciones y las

³⁴⁷GONZÁLEZ PILLADO, E., IGLESIAS CANLE, I. “La prueba pericial en la nueva ley de enjuiciamiento civil”. Revista Xuridica Gallega. Disponible en: <http://www.rexurga.es/pdf/col166.pdf>

valoraciones del perito respecto de la cosa o persona inspeccionada, y la declaración del autor de informe que se producirá, si así lo solicitan las partes o el tribunal, en el acto del juicio o la vista.

La duda que se nos suscita en relación este medio de prueba es si la prueba anticipada debería suponer necesariamente la práctica de las dos actuaciones, la realización del informe y la declaración del perito, o podría realizarse sólo la primera de ellas dejando la declaración del perito para la audiencia previa o la vista.

En nuestra opinión, la prueba pericial anticipada puede descomponerse en función de las dos situaciones que relatamos a continuación:

- a) En primer lugar, la prueba pericial anticipada puede estar motivada por el riesgo acreditado de la pérdida del objeto sobre el que debe ejecutarse la pericia v.gr. estado ruinoso de un edificio.

En nuestra opinión, la prueba pericial anticipada en este caso se contraería a la redacción del informe pericial sin que exista la necesidad de practicar anticipadamente el interrogatorio del perito, que podría efectuarse en el juicio o vista correspondiente junto con el resto de la prueba que se hubiera admitido.

- b) En segundo lugar, consideramos que la necesidad de la prueba pericial puede ponerse de manifiesto una vez redactado el correspondiente informe pericial pero antes de la audiencia previa o de la vista, como consecuencia de la repentina

enfermedad o del cambio de domicilio del perito redactor del informe.

En este caso, la anticipación de la prueba pericial vendría determinada por el temor de que el informe pericial no pudiera ser ratificado o aclarado por parte de su autor en el momento procesal oportuno, lo que tendría enorme trascendencia de cara a su posible valoración.

d) Reconocimiento judicial

Lo primero que debemos señalar en relación con este medio de prueba es que los jueces y tribunales, salvo contadas excepciones, son muy reacios a admitir el reconocimiento judicial.

Lo usual en los procedimientos declarativos es que este tipo de pruebas se soliciten en el marco de procesos donde se reclaman daños y en los que ya se han aportado o admitido prueba periciales, lo que es utilizado como excusa por el órgano jurisdiccional para inadmitir la peticiones de práctica de reconocimientos judiciales.

Así las cosas, lo más probable es que este tipo de prueba no sea admitida de forma anticipada. En cualquier caso, debemos señalar la admisión de la práctica de este medio de prueba, no conllevaría ninguna especialidad procedimental.

e) Interrogatorio de los testigos

Tampoco la práctica anticipada del interrogatorio de los testigos genera especialidades procedimentales.

En relación con este medio de prueba sólo destacaremos que su efectividad dependerá en buena medida del contenido, más o menos preciso, de la solicitud que realice el interesado, sobre todo cuando la petición se realice *ante demandam*.

Así, si el solicitante se limita a realizar en su solicitud una exposición de los hechos necesitados de prueba anticipada, eludiendo cualquier mención a los hechos, relacionados con éstos, que se contendrán en la futura demanda, el interrogatorio del futuro demandado quedará muy debilitado.

En este sentido, es lógico pensar que el interrogatorio del futuro demandado girará en torno a las cuestiones contenidas en la solicitud, mientras que el futuro demandante o demandante podrá preguntar en relación con esas cuestiones u otras relacionadas con ellas, de modo que podemos afirmar que éste tendrá ciertas ventajas en este particular momento procesal.

En relación con lo anterior, debemos ser conscientes que en la práctica habitual nuestros órganos jurisdiccionales son contrarios a restringir los interrogatorios de los testigos, al efecto de extraer la máxima información posible.

En consecuencia, si se produce la situación expuesta el futuro demandante se encontrará en una clara situación de ventaja frente al futuro demandado a la hora de realizar las preguntas al testigo propuesto.

6. Reiteración de la prueba

Visto ya el contenido de la solicitud y los cauces para proceder a la práctica de los medios de prueba de forma anticipada, debemos referirnos a la reiteración de la prueba.

Entendemos que fueron dos las razones que empujaron al legislador a regular la reiteración de la prueba practicada de forma anticipada.

La primera razón se basaría en la neutralización de las posibles ventajas que hubiera podido ostentar el demandante frente al futuro demandado al practicar el medio probatorio de forma anticipada.

La segunda, tendría como objetivo ahondar en la prueba practicada al efecto de obtener nuevos resultados una vez ya está debidamente conformado el objeto del proceso.

El artículo 295.4 LEC³⁴⁸ permite la reiteración de la prueba practicada de forma anticipada en el acto del juicio o vista, si alguna de las partes lo solicita y es posible llevarla a cabo en ese momento³⁴⁹.

³⁴⁸Artículo 295.4 LEC: “La prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad.”

³⁴⁹La doctrina no es unánime en este punto. Vid. ABEL LLUCH, X. *Derecho Probatorio*. Op. Cit. Pág. 222. “Un sector doctrinal ha puesto de manifiesto que carece de lógica que una prueba anticipada y practicada con contradicción tenga necesidad de ser reiterada, y abogando por conceder algún alcance a la reiteración de la prueba, entiende que ello sólo debería ser posible si en la práctica de la prueba anticipada no intervino la

Entendemos que, aunque la reiteración se refiere de forma genérica a los medios de prueba, ésta se previó especialmente para los interrogatorios de parte, de los testigos o de los peritos.

La razón de dicha afirmación tiene su base en que los interrogatorios celebrados de forma anticipada se ejecutaron sobre la base de unos hechos muy concretos y delimitados que impidieron la realización de determinadas preguntas por considerarlas inapropiadas o innecesarias.

Sin embargo, la situación pudo cambiar tras el inicio del proceso, resultando ser necesario ahora repetir algún medio de prueba, al efecto de obtener unas respuestas más completas y precisas respecto del objeto del proceso.

Ex lege, los presupuestos necesarios para admitir la reiteración probatoria son la solicitud de parte y la posibilidad de reiterar el medio de prueba anticipado.

Una primera lectura del mencionado artículo podría llevarnos a considerar que la reiteración será exigible y el juez deberá admitirla

contraparte –habiéndose sido citada o no–, o si la nueva prueba practicada no fuera exactamente la primera sino un intento de aclaración o ampliación, o si la prueba puede llevarse a cabo en el juicio o la vista o ante la presencia del tribunal sentenciador, si antes no lo había sido así. En sentido parecido, también se ha afirmado que sería razonable que se permitiera rechazar la nueva práctica de prueba cuando con cierta seguridad pueda preverse que la repetición no conducirá a un resultado distinto. Otro sector doctrinal, por el contrario, y a favor de la reiteración probatoria, ha argumentado la concentración de las actuaciones probatorias en el juicio o la vista, la realización de la prueba bajo los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad –que en cierto sentido se encuentran limitados cuando se anticipa su práctica–, la apreciación más inmediata de los resultados probatorios y el mejor conocimiento que posee el demandado de los escritos de alegaciones.”

si, en el momento del acto del juicio o de la vista, concurren los citados presupuestos.

Sin embargo, la doctrina es unánime, por todos DE LA OLIVA, al sostener que para que sea posible la reiteración de las pruebas practicadas antes del momento procesal oportuno, además de converger los requisitos anteriores, deben concurrir, de nuevo, los requisitos intrínsecos del medio probatorio anticipado en relación con el objeto del procedimiento.

Esta afirmación parece perfectamente lógica y es válida tanto para aquellos casos en los que se ha practicado la prueba *ante demandam* como cuando se practicó *lite pendente*.

Por un lado, la propuesta anticipada antes del proceso se realiza sobre la base de un objeto indefinido y basado en términos de probabilidad.

Sin embargo, la reiteración se solicita ya conformado perfectamente el objeto del debate por lo que resulta razonable valorar una segunda vez los hechos relevantes y los medios de prueba propuestos, al objeto de comprobar que éstos últimos arrojarán claridad a la disputa.

Por otro lado, DE LA OLIVA sostiene que cuando la petición de reiteración probatoria se realice una vez incoado el procedimiento la reiteración resultara generalmente innecesaria³⁵⁰.

En cualquier caso, si se lleva a efecto la prueba anticipada y posteriormente es reiterada en el seno del proceso principal, los

³⁵⁰DE LA OLIVA SANTOS, A. (Coord.) “Comentarios...” Op. Cit. Pág. 533.

resultados probatorios de ambos medios de prueba deberán ser objeto de valoración por parte del órgano jurisdiccional³⁵¹.

Esta previsión legal nos parece perfectamente lógica. Una vez efectuada la reiteración del medio de prueba practicado de forma anticipada, el órgano jurisdiccional tendrá toda la información necesaria para valorar debidamente medio de prueba. En efecto, tras la segunda práctica del medio probatorio, una vez fijado el objeto del proceso, el juez o tribunal habrá obtenido nueva información que le servirá para convencerse o no sobre los hechos alegados.

7. Plazo de validez de la prueba practicada anticipadamente

El artículo 295.3. LEC establece un periodo de validez de dos meses para la prueba anticipada *ante demandam*. Transcurrido dicho plazo sin que el solicitante interponga la correspondiente demanda, el valor probatorio de la prueba practicada antes del inicio del proceso desaparecerá, no pudiendo ser valorada de ningún modo³⁵².

Esta regla general tiene una excepción, la existencia de fuerza mayor o de causa de análoga entidad que impida al solicitante interponer la correspondiente demanda³⁵³.

De nuevo debemos mostrar nuestra disconformidad respecto de la previsión legal determinada por el legislador. En nuestra opinión, este artículo lo único que consigue es dar cabida a actuaciones que

³⁵¹XIOL RÍOS, J.A. “Comentarios...” Op Cit. Pág. 1997.

³⁵²RIFÁ SOLER, J.M., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., VALLS GOMBAU, J.F (Coords.) “Comentarios...” Op. Cit. Pág. 1386.

³⁵³*Ibidem*. Op. Cit. Pág. 1385.

pueden permitir obtener información que de otra manera el futuro demandante no podría conseguir.

Compruébese que la norma da completa libertad al futuro demandante para decidir si, primero, solicita la anticipación y, segundo, si inicia o no el proceso, lo que lógicamente dependerá del resultado probatorio obtenido, y todo ello sin establecer caución o sanción alguna al respecto, mientras el futuro demandado debe presenciar todas estas actuaciones sin poder realizar alegación alguna.

En este estado de cosas, de *lege ferenda* resultaría desde todo punto razonable que la ley impusiera al futuro demandante una caución que se haría efectiva si transcurrido el plazo de dos meses establecido no se procediera la interposición de la correspondiente demanda.

De hecho, nos parece muy llamativo que de las cuatro herramientas que ofrece el legislador para asegurar los fines del proceso, medidas cautelares, diligencias preliminares, aseguramiento y prueba anticipada, sólo esta última no prevea expresamente la obligación de prestar la correspondiente caución.

CAPÍTULO SEXTO. PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN DEL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

1. Introducción

El aseguramiento de la prueba se reguló por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero. Pese a su reciente regulación, su redacción inicial fue parcialmente modificada sólo seis años después mediante la promulgación de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

En opinión de algunos autores como GIL VALLEJO³⁵⁴ dicha modificación fue consecuencia del deficiente contenido de la norma inicial que no regulaba aspectos tan importantes como el procedimiento, el plazo de eficacia de la medida asegurativa o, en fin, la participación del tercero.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta modificación no tuvo este singular fin sino que la reforma fue igualmente propiciada por la trasposición de ciertas directivas comunitarias, a las que nos referiremos en el capítulo séptimo posterior³⁵⁵, que pretendían dotar de mayor protección a los derechos derivados de la propiedad intelectual e industrial³⁵⁶.

³⁵⁴GIL VALLEJO, B. Op. Cit. Pág. 22.

³⁵⁵ Epígrafe 4.1.

³⁵⁶Exponiendo tercero de la Exposición de Motivos de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de

El aseguramiento de la prueba puede, al igual que la prueba anticipada, solicitarse antes del inicio del proceso o mientras éste está trabado, de forma que diferenciaremos en este capítulo los contenidos de cada petición, refiriéndonos primero a la petición de aseguramiento *ante demandam* y posteriormente a la solicitud practicas ya iniciada la contienda judicial.

A continuación nos referiremos a las posibles vías de impugnación de la admisión o inadmisión de solicitud de la medida asegurativa, diferenciando entre aquellas peticiones tramitadas con conocimiento de la parte contraria o aquellas otras solicitudes sustanciadas *inaudita parte*.

Finalmente, cerraremos el capítulo refiriéndonos al plazo de validez de las medidas de aseguramiento.

2. Petición de aseguramiento *ante demandam*

En nuestra opinión, la solicitud de aseguramiento debería estructurarse de forma similar a la petición de la prueba anticipada, primero, porque esta opción le permite al solicitante exponer detalladamente los hechos y motivos jurídicos que el empujan a realizar tal actuación y, segundo, porque esta exposición ordenada de los hechos y fundamentos jurídicos también faculta al juez o al

propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios: “Las previsiones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, relativas al aseguramiento de la prueba, se amplían respecto de los casos de infracción de los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial, a la enumeración, a título indicativo, de algunas de las medidas que el tribunal podrá adoptar.”

tribunal para comprobar la concurrencia de todos los requisitos necesarios para la adopción de la medida solicitada.

Por consiguiente, la solicitud de aseguramiento realizada antes de que se haya trabado el proceso deberá contener la identificación de las partes, una relación circunstanciada de los hechos que hacen necesario el aseguramiento así como los fundamentos jurídicos que apoyan la petición, haciendo especial hincapié en la existencia de un temor fundado a perder una fuente de prueba necesaria para el proceso que se propone iniciar. En fin, el *petitum* debería contener una petición asegurativa que, como veremos, podrá ser aceptada o sustituida por otra que estime preferible el juez o tribunal.

2.1. Identificación de las partes y terceros

La solicitud deberá contener los datos identificativos de la persona o personas frente a las que se pretende imponer la medida de aseguramiento, al efecto de que puedan oponerse o participar en la tramitación previa a la adopción de la misma.

El fin de la identificación de las partes es corolario del deseo legal de que la contradicción sea objeto del debido respeto durante toda la tramitación del procedimiento asegurativo, de forma que el futuro demandado pueda participar y, en su caso, alegar todo aquello que le pueda resultar de interés en el incidente.

No obstante lo anterior, debemos llamar la atención sobre dos importantes peculiaridades que existen en torno a la contradicción en el procedimiento asegurativo:

- a) En primer lugar, la ley permite expresamente la ejecución “provisional” de la medida de aseguramiento sin conocimiento de la contraparte, siempre y cuando concurren las condiciones legalmente establecidas que veremos más adelante. Una vez adoptada la medida de aseguramiento se dará traslado al sujeto pasivo de la misma, al efecto de que pueda oponerse o solicitar el alzamiento de la medida a cambio de una caución sustitutoria.
- b) En segundo lugar, como se puede observar, en el título del presente epígrafe hemos hecho referencia a la identificación de las futuras partes y “terceros”. Esta referencia no es baladí sino que es consecuencia de la posibilidad legal de solicitar la medida de aseguramiento frente a terceras personas, en principio, ajenas al futuro proceso.

A primera vista podría pensarse que este tercero, además de sufrir la medida asegurativa, soporta una merma importante de su derecho de defensa a la hora de posicionarse en contra de la solicitud de adopción de la medida de aseguramiento, debido a que el tenor literal de la ley le impide alegar la impertinencia, inutilidad o imposibilidad de la medida. Mas como tendremos oportunidad de comprobar al tratar la legitimación pasiva esta supuesta merma de los derechos del tercero no se produce por las razones que luego expondremos.

2.2. Hechos del futuro proceso

Cuando el aseguramiento de la prueba se solicita antes del inicio del proceso, resulta conveniente hacer una mención a los futuros hechos que conformarán el objeto del futuro proceso, al efecto de que el órgano jurisdiccional pueda valorar los requisitos legales de la medida de aseguramiento solicitada respecto del citado objeto del futuro proceso.

Este relato de los hechos será aún más necesario en aquellos casos en los que se solicite la adopción de la medida de aseguramiento *inaudita parte*. En consecuencia, consideramos que en estos casos la labor descriptiva de la solicitud deberá ser más precisa y completa, a fin de abarcar todos los hechos relevantes del futuro pleito permitiendo de esta manera que el juez o el tribunal tenga una perspectiva total del futuro proceso, pues sin la información que se desprende de las alegaciones, “o de un esbozo de lo que vayan a ser es imposible determinar por ejemplo si la prueba es pertinente o no lo es”³⁵⁷.

Todo a cuanto hemos hecho referencia en el capítulo quinto, epígrafe 2.2.2, referido a los hechos que debe contener la solicitud de prueba anticipada, en nuestra opinión, resulta de aplicación al aseguramiento de la prueba.

De hecho, la existencia de la posibilidad de ejecutar la medida sin contradicción y el alcance que pueden tener estas medidas de aseguramiento sobre el patrimonio del sujeto pasivo que debe

³⁵⁷SÁEZ GÓNZALEZ, J. en “Comentarios...” Op. Cit. Pág. 1803.

soportar la medida -depósito judicial, secuestro, etc.-, deben motivar que las actuaciones pretendidas encuentren su base en la buena fe, a fin de impedir fraudes o perjuicios para el futuro demandado o tercero.

Igualmente, será preceptivo exponer las razones por las que el solicitante entiende que existe un temor fundado a perder la única oportunidad en el tiempo de asegurar la fuente de prueba, no siendo admisible la alegación de meras probabilidades o dificultades para practicar la prueba en el futuro proceso³⁵⁸.

En relación con esta cuestión, consideramos que es plenamente aplicable la jurisprudencia analizada en el epígrafe 6.6 del capítulo cuarto donde analizamos el temor fundado en relación con la prueba anticipada.

2.3. Requisitos de la medida asegurativa propuesta

2.3.1. Requisitos comunes con la prueba anticipada

El solicitante habrá de relacionar los hechos descritos en su petición con la medida asegurativa solicitada, al efecto de que el órgano jurisdiccional compruebe la pertinencia, la utilidad, la legalidad y la licitud de la fuente probatoria que se pretende asegurar respecto de los hechos que se discutirán en el futuro proceso.

³⁵⁸Vid. Capítulo Cuarto, epígrafe 6.5.

La regulación de los requisitos de la prueba para el aseguramiento probatorio es similar a la dispuesta para la prueba anticipada, si bien el artículo 298.1 LEC añade a los requisitos ya mencionados en relación con la prueba anticipada nuevos requisitos como son la posibilidad, la conducencia, la brevedad o la minimización de los daños³⁵⁹.

2.3.2. Requisitos específicos del aseguramiento de la prueba: Posibilidad, conducencia, brevedad y menor onerosidad

Esta ampliación de los requisitos respecto de la prueba anticipada es consecuencia de la naturaleza propia de las fuentes probatorias. Éstas existen fuera del proceso y son innumerables.

De igual modo, las formas que existen de protegerlas son también muy variadas y distintas, de ahí que el citado precepto 298.1 LEC permita expresamente al interesado solicitar y al órgano jurisdiccional ejecutar cualquier actuación asegurativa tendente a preservarlas, siempre y cuando para su ejecución concurren los requisitos anteriormente indicados.

En primer lugar encontramos la posibilidad. Ante el gran número de actuaciones a realizar para asegurar una fuente de prueba, el

³⁵⁹Artículo 298 LEC: 1. “El tribunal acordará adoptar, mediante providencia, las medidas oportunas en cada caso si se cumplen los siguientes requisitos: 1. ° Que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento.

2. ° Que haya razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba.

3. ° Que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal, pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros.”

solicitante debe elegir aquélla que sea material y jurídicamente posible al momento de la petición y en su posterior ejecución³⁶⁰.

En este sentido, no sería materialmente posible asegurar el testimonio de una persona cuya muerte se prevé inminente porque no puede mantenerse a una persona con vida *sine die* y porque jurídicamente la protección de esta fuente de prueba debe ejecutarse mediante la prueba anticipada.

En segundo lugar, la conducencia, la brevedad y la minimización de los daños, determinadas en el párrafo tercero del artículo 298 LEC, son correlato del “principio general de la proporcionalidad”³⁶¹, y con él se pretenden equilibrar los intereses de las partes afectadas y evitar así que por la adopción de la medida asegurativa queden afectados derechos de los terceros ajenos a la situación asegurada como por ejemplo, “los derechos laborales de terceros o aquellos que mediante

³⁶⁰ GUASP, J., ARAGONESES, P. Op. Cit. Pág. 300. GUASP definió la posibilidad como “la aptitud genérica del objeto del acto para figurar como tal en el proceso”. En opinión de dicho autor la posibilidad debe ser física y moral de manera que la medida de aseguramiento “debe entrar verdaderamente en el orden de lo posible en cuanto a su objeto” y además debe ser “objetivamente apto en su valoración ética.” GESTO ALONSO, B. Op. Cit. Pág. 57. Por lo que respecta a los medios de prueba, “debe entenderse la posibilidad legal de la práctica de la prueba propuesta, el hecho de que ésta sea alguna de las admitidas por la ley en general, o para el caso concreto en que sea requerida, en particular. La posibilidad material supone “que existan los medios materiales idóneos para poder practicar esa prueba.”

³⁶¹CORDÓN MORENO, F. “*Principio de Proporcionalidad y Congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares.*” Actualidad Jurídica Aranzadi, 2005, [núm.](#) 674, Págs. 1-5. “Lo importante es aquella satisfacción, pero cuando para alcanzar la misma existan dos medidas igualmente eficaces, debe optarse por la menos perjudicial para el deudor. Si sólo existiese la posibilidad de una medida y ésta fuera desproporcionada y, por ello, especialmente gravosa para el deudor, se dará el supuesto en que la LECiv permite al juez sustituirla por una caución.” De nuevo, por su semejanza y posibilidad de aplicación, aludimos a una cita referida a las medidas cautelares.

una orden de cesación pudieran provocar una crisis económica desproporcionada en relación a los efectos cautelares pretendidos”³⁶².

En este sentido, debemos recordar que la solicitud de la medida asegurativa puede ir dirigida indistintamente frente al futuro demandado o frente a un tercero ajeno al futuro procedimiento, de manera que antes de afectar sus derechos patrimoniales o jurídicos, tanto el solicitante como el órgano jurisdiccional, deben analizar detenidamente la idoneidad de la medida solicitada respecto del fin pretendido así como la posibilidad de adoptarla rápidamente causando los menores daños a quien deba de soportarla³⁶³.

2.4. La caución

Tras establecerse en el apartado primero del artículo 298 LEC los requisitos necesarios para la adopción de una medida asegurativa, el apartado segundo dispone que el tribunal deberá tomar en consideración y podrá aceptar el eventual ofrecimiento que el

³⁶²RIFÁ SOLER, J.M. En “*Las medidas cautelares...*” Op. Cit. Pág. 114. De nuevo traemos a colación opiniones vertidas en sede de medidas cautelares por tener perfecto encaje en relación con las medidas de aseguramiento.

³⁶³Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 24 de julio 2006. AC 2006\1993. “La segunda de las características es la de no ser la medida susceptible de sustitución por otra igualmente eficaz pero «menos gravosa o perjudicial para el demandado». Es decir, la tutela cautelar (por su naturaleza provisional y por su finalidad) ha de prestarse siempre sobre la base del menor perjuicio posible para el demandado, lo que impone que, ante la posibilidad de optar entre varias medidas igualmente eficaces, se deba elegir solo la que suponga una menor agresión y perjuicio (la denominada « menor onerosidad » de la medida).”

solicitante de la medida haga de prestar garantía de daños y perjuicios que la medida pueda irrogar al sujeto pasivo de la misma.

Antes de proceder al análisis de si la caución es un requisito necesario, queremos mostrar nuestra disconformidad respecto de la redacción del citado artículo, puesto que nos parece desafortunada por su extensión y por la mezcla de conceptos tan heterogéneos como son los requisitos, los aspectos procedimentales así como las cauciones y las cauciones sustitutorias.

Tal amalgama de conceptos en un solo artículo genera mucha confusión, pues se tratan todos ellos sin profundizar en ninguno.

De entre todas las dudas que nos genera tan amplio artículo nos centraremos en este epígrafe en tratar de esclarecer si el ofrecimiento de la prestación de la caución debe ser considerado como un requisito añadido a los determinados en el apartado primero, tal y como sucede con las medidas cautelares y con las diligencias preliminares.

En opinión DÍAZ FUENTES “nos encontramos ante una laguna legal que el legislador no la proveyó, pero exhorta al tribunal para que tome en consideración y pueda aceptar el eventual ofrecimiento del solicitante”³⁶⁴. SEOANE SPIELBERG y RAMOS MÉNDEZ no contemplan el ofrecimiento de la caución como un requisito más que deba añadirse a los recogidos en el apartado primero para acordar la adopción de la medida planteada³⁶⁵.

Por su parte, DE LA OLIVA y DÍEZ-PICAZO, más tajantes, consideran que “el apartado segundo del artículo 298 no va dirigido únicamente

³⁶⁴DÍAZ FUENTES, A. Op. Cit. Pág. 103.

³⁶⁵SEOANE SPIEGELBERG, J.L. Op. Cit. Pág.180. RAMOS MÉNDEZ, F. Op. Cit. Pág. 643.

a las partes sino también al órgano jurisdiccional³⁶⁶, añadiendo que al tribunal corresponde decidir: en cualquier caso de ofrecimiento, la LEC afirma que “podrá” aceptarlo.

Por tanto, es claro que nos encontramos ante una mera facultad -no ante un requisito- que el solicitante puede o no asumir y que el tribunal puede aceptar si estima que la petición asegurativa puede causar daños al sujeto pasivo de la medida o a un tercero³⁶⁷.

Aclarada la primera cuestión, debemos abordar la segunda, ¿Por qué la caución no es un presupuesto del aseguramiento de la prueba?

En nuestra opinión, esta cuestión tiene mucho que ver con uno de los requisitos recogidos en el párrafo tercero del apartado primero del

³⁶⁶DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Op. Cit. 342. “Aunque parece que esos preceptos legales están redactados como si su destinatario fuera el tribunal, no cabe duda de que se dirigen también al solicitante de la medida y al sujeto pasivo de ella. Y vienen a disponer lo mismo en definitiva, los ofrecimientos de garantía o caución son voluntarios y al tribunal corresponde decidir. ”

³⁶⁷GIMENO SENDRA, V. (Coord.) Op. Cit. Pág.1-243. “Criterio especial establecido por el legislador en el apartado segundo del artículo 298 es el relativo a la posibilidad del proponente de ofrecer una determinada garantía de los daños y perjuicios que pueda irrogar. Es evidente que este extremo únicamente puede ser valorado en aquellos casos en que la medida pueda, efectivamente, causar daños y perjuicios a las partes o terceros y, con más intensidad, en los supuestos en que tales daños y perjuicios lo pudieran ser graves y desproporcionados impidiendo la medida o menos graves y desproporcionados pero que dieran lugar a la elección por el tribunal de una menos gravosa. Por ello, el ofrecimiento cumple los dos fines que subyacen a la regla 3.ª del apartado primero del artículo 298, la evitación de la denegación de la medida o su sustitución por otra. Fuera de estos casos, carece de sentido alguno ni el ofrecimiento, ni su aceptación en su caso por el tribunal, ya que ni los criterios de posibilidad, pertinencia o utilidad, ni los referidos al cumplimiento o elusión de los peligros que justifican el aseguramiento de la prueba, requieren para su valoración y protección de un «plus» adicional como el que resulta de una garantía pecuniaria de la parte proponente.”

artículo 298 LEC antes comentado. Dicha previsión legal dispone como condición para adoptar la medida solicitada a instancia del interesado, o aquella que sea acordada por el juez o tribunal, que pueda ejecutarse “sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros”.

El legislador, cuando dispuso que esta norma, debió concluir que si se realiza este juicio de valor acerca de la proporcionalidad de la medida por las partes y por el órgano jurisdiccional, antes de acordar una medida asegurativa, la mínima repercusión sobre la esfera del sujeto pasivo está garantizada. En consecuencia, debió llegar a la conclusión de que con la adopción de la medida de aseguramiento no podían infringirse daños al futuro demandado o demandado, o al tercero, con lo que resultaba innecesaria la prestación de una caución.

Sin embargo, nuestra opinión es contraria a dicha conclusión. Como tendremos oportunidad de comprobar en el capítulo siguiente, que dedicaremos a analizar las medidas asegurativas susceptibles de ser ejecutadas, el alcance de la generalidad de estas medidas -secuestro, precinto, paralización de la actividad- puede llegar a ser muy invasivo para el sujeto pasivo de la medida asegurativa.

Así las cosas, la decisión de la prestación de la caución debería ser objeto de decisión judicial atendiendo a las especiales circunstancias de cada caso, a la medida concreta solicitada y al alcance que ésta pueda llegar a tener sobre la esfera del sujeto pasivo de la prueba.

2.5. Fundamentos jurídicos

Los fundamentos de la petición de aseguramiento vienen determinados, por regla general, en el artículo 297 LEC, los cuales iremos desgranado en los siguientes apartados.

2.5.1. Legitimación

2.5.1.1. Legitimación activa

Conforme determina el artículo 297.1 LEC³⁶⁸, sólo estará legitimado para interponer la solicitud de aseguramiento de la prueba antes del inicio del proceso el futuro demandante.

Entendemos que dada la claridad y el parecido del citado precepto respecto del contenido del artículo 293.1 LEC, la jurisprudencia analizada en relación con la legitimación activa en el supuesto de la prueba anticipada³⁶⁹ es aplicable en este supuesto, de modo que hay que concluir que el futuro demandado no podrá solicitar la adopción de una medida de aseguramiento *ante demandam*.

Frente a lo que hemos expuesto en el epígrafe 2.2.4 en el que consideramos que de *lege ferenda* sería conveniente otorgar legitimación activa al futuro demandado para solicitar la prueba anticipada, nuestra postura respecto del supuesto de las medidas de aseguramiento es diferente.

³⁶⁸Artículo 297.1 LEC: “Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla.”

³⁶⁹Vid. Capítulo quinto, epígrafe 2.2.4.1

Esta decisión se fundamenta en el diferente alcance que tiene cada una de las figuras objeto del presente trabajo. La tramitación del incidente de prueba anticipada no afecta gravemente al sujeto pasivo, ya que el mayor gravamen que se le puede infligir al sujeto pasivo de la prueba anticipada es tener que asistir a una vista para que le formulen preguntas sobre algún hecho o que se inspeccione algún bien al efecto de realizar un informe pericial o un reconocimiento judicial.

Por el contrario, la adopción de la medida de aseguramiento sí puede provocar una grave afcción sobre los bienes o derechos de la persona que deba sufrirlos, hasta el punto que puede suponer el cierre de su empresa, por lo que consideramos que en modo alguno puede permitirse la adopción de una medida asegurativa formulada por el futuro demandado, basada en la mera creencia de que existe una probabilidad de que se inicie un proceso en su contra.

En consecuencia, por las razones expuestas, entendemos que en este caso sí tiene fundamento la restricción de la legitimación activa al futuro demandado antes de que se haya trabado la *litis*.

2.5.1.2. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva la ostenta el futuro demandado o “aquella persona que tenga que soportar la medida de aseguramiento”.

Para nosotros ha sido una completa sorpresa comprobar que la ley permite, ex artículo 298.4 LEC³⁷⁰, que la medida de aseguramiento se dirija frente a un tercero, diferente de las partes que participarán en el proceso.

Esta persona ajena, en principio, al proceso principal puede verse implicada hasta tal punto en el procedimiento asegurativo que la medida solicitada puede llegar a recaer sobre su persona, alguno de sus bienes o de sus derechos.

Igualmente nos ha sorprendido el contenido de citado artículo 298.4 LEC³⁷¹, ya que parece suponer un recorte de los derechos del tercero respecto de las partes implicadas en el proceso principal.

El contenido del citado artículo, a primera vista, parece que determina que este tercero que ha de soportar la medida, que no es ni será parte en el proceso principal, verá limitada su capacidad de oposición frente a la petición de la medida de aseguramiento, pues la ley le niega expresamente la posibilidad de alegar la imposibilidad, la impertinencia o la inutilidad de la medida de aseguramiento pretendida.

Esta supuesta limitación no conlleva la eliminación para el tercero de cualquier posibilidad de oponerse a la petición de la medida asegurativa, de forma que podrá alegar otros motivos de oposición distintos a los expresados en el párrafo anterior. Así, sería

³⁷⁰Artículo 298.4 LEC: “Las medidas de aseguramiento de la prueba se adoptarán previa audiencia de la persona que haya de soportarla. Si se solicitasen una vez iniciado el proceso, también se oirá al demandado.”

³⁷¹Artículo 298.4 LEC: “Sólo quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido podrá aducir, al oponerse a su adopción, la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba.”

perfectamente válido que el tercero se opusiera a la petición basándose en la inexistencia del temor fundado, en la falta de proporcionalidad de la medida solicitada o en la imposibilidad de adoptarla en tiempo breve.

Así las cosas, podría pensarse que nos encontramos ante una situación insólita, cuando menos extraña, debido a que una persona física o jurídica, por lo general, ajena a la relación jurídica en liza, sufrirá las cargas u obligaciones propias de las partes, sin disfrutar de proporcionales facultades o derechos a los de los protagonistas del proceso principal. Pero no es así.

La decisión de negar al tercero la posibilidad de atacar la medida de aseguramiento aduciendo la imposibilidad, la impertinencia o la inutilidad de la misma tiene su base en su falta de consideración como parte y, en consecuencia, en la consiguiente falta de legitimación para actuar en el proceso, para posicionarse frente a las alegaciones formuladas por las partes, o en fin, para debatir acerca de la impertinencia o utilidad de las pruebas que pudieran proponerse.

Igualmente, consideramos que la negativa legislativa que impide al tercero atacar la pertinencia, la utilidad o la posibilidad de la medida asegurativa se basa en el hecho que el precepto analizado encarga la verificación de la concurrencia de estos parámetros legales al órgano jurisdiccional, con lo que el legislador considera innecesaria una nueva valoración por parte del tercero, que como hemos afirmado en el párrafo anterior no tiene acceso a los hechos del proceso.

Por tanto, en realidad y pese a lo que en un principio pudiera parecer, conforme el tenor literal de la ley los derechos del tercero quedan debidamente protegidos y se le permite actuar con total libertad en el incidente asegurativo.

2.5.2. Competencia

En virtud de la remisión legal expresa contenida en el artículo 297.3 LEC³⁷², las normas de atribución de la competencia debe seguir las previsiones legales determinadas para la prueba anticipada.

La competencia para conocer la solicitud de aseguramiento de la prueba recae sobre aquel órgano jurisdiccional que deba conocer la cuestión principal objeto del futuro proceso, siendo plenamente aplicable al aseguramiento de la prueba el análisis relativo a la declinatoria referido en el epígrafe 2.2.4.2 del capítulo anterior.

Por tanto, es posible afirmar que ante la existencia de razones de verdadera urgencia, órganos jurisdiccionales incompetentes podrán tramitar solicitudes de aseguramiento de prueba.

Si esto es así, consideramos que la ley contiene una laguna que deberá ser rellenada por remisión al contenido del artículo 296 LEC, que regula la custodia de los materiales de las actuaciones de prueba anticipada.

Por consiguiente, el juez o tribunal que tramitó la petición de la medida asegurativa *ante demandam* custodiará los documentos y, en

³⁷²Artículo 297.3 LEC: “En cuanto a la jurisdicción y a la competencia para el aseguramiento de la prueba, se estará a lo dispuesto sobre prueba anticipada.”

su caso, las demás piezas de convicción en que consistan las medidas de aseguramiento hasta que el tribunal que definitivamente deba conocer la cuestión principal se los reclame por conducto oficial.

En el caso de las medidas de aseguramiento, consideramos que sólo será necesario remitir los documentos judiciales que contengan la admisión de la solicitud y las condiciones a cumplir por el futuro demandado, demandado o tercero, al efecto de que el órgano jurisdiccional que finalmente que conozca del asunto principal pueda verificar su cumplimiento o realizar un seguimiento adecuado de las mismas.

2.5.3. Postulación y defensa

La situación es idéntica a la prueba anticipada de forma que el solicitante podrá actuar sin procurador ni abogado cuando existan razones de urgencia o cuando el futuro proceso vaya a tramitarse conforme a las normas del proceso verbal y su cuantía no supere los dos mil euros.

En este aspecto, nos remitimos a cuanto hemos expuesto en el epígrafe 2.2.4.3 del capítulo anterior.

2.6. *Petitum*

El *petitum* de la solicitud consistirá en pedir la admisión y la consiguiente práctica de la medida de aseguramiento solicitada.

Sentado lo anterior, debemos destacar que el legislador, decidió ofrecer al juez o tribunal la posibilidad de adoptar una medida diferente a la solicitada por la futura parte demandante, siempre y cuando concurran las condiciones legales establecidas.

En este sentido, el párrafo tercero del apartado primero del artículo 298 LEC³⁷³ concede al órgano jurisdiccional la facultad para sustituir la medida asegurativa solicitada por la parte interesada por otra que estime menos onerosa o gravosa para la persona que deba soportarla.

El tenor literal del citado artículo faculta expresamente al órgano jurisdiccional para que adopte *motu proprio* una medida distinta a la solicitada siempre y cuando pueda alcanzarse el fin pretendido y sea menos onerosa o gravosa que la propuesta. En este sentido, CORDÓN MORENO opina, aplicando analógicamente los artículos 726.2 y 735.2 LEC, “que el juez o tribunal puede adoptar la sustitución de oficio y sin petición de parte”³⁷⁴.

Debemos mostrar nuestra disconformidad en relación con la posibilidad de que el juez o tribunal puedan sustituir la medida solicitada. Sin duda, la persona que más conoce el asunto sobre el que versa el aseguramiento es la parte interesada y su letrado, los cuales habrán estudiado y analizado el caso detenidamente antes de interponer la solicitud continente de la medida asegurativa.

³⁷³Artículo 298.1.3 LEC: 3.º Que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal

³⁷⁴CORDÓN MORENO, F. *Comentarios...* Op. Cit. Pág. 4. SEOANE SPIEGELBERG, J.L. Op. Cit. Pág. 180. “El juez no está vinculado por la petición que formule el solicitante de la medida de aseguramiento, sino que podrá acordar otra diferente que considere más oportuna en coherencia con la finalidad pretendida.”

Por tanto, en nuestra opinión, el órgano jurisdiccional debería estar facultado para sustituir la medida asegurativa por otra diferente sólo en aquellos casos en los que se comprobara claramente que la medida solicitada no cumpliera con los requisitos legales establecidos o ésta fuera absolutamente desorbitada.

3. Petición de aseguramiento de la prueba *lite pendente*

3.1. Hechos del proceso

Los requisitos de la solicitud de aseguramiento *ante demandam* son de plena aplicación cuando la solicitud se realiza ya trabado el proceso.

La única diferencia reseñable será que la descripción de los hechos no deberá ser tan extensa como cuando se formula la solicitud antes del inicio del proceso, debido a que se habrá presentado al menos la demanda y, en algunos casos, también la contestación a la demanda.

Sin embargo, puede ocurrir que en el momento en que se compruebe la necesidad de solicitar la medida de aseguramiento, el único escrito que se haya interpuesto sea el de demanda, lo cual puede provocar dos situaciones diferentes:

- a) Si es el demandante el que descubre la necesidad de asegurar una determinada fuente de prueba, consideramos que sería suficiente una remisión a los hechos contenidos en la demanda donde ya habrá relatado los hechos relevantes que sostienen su

petición, los cuales habrán de relacionar con la medida asegurativa solicitada.

- b) Si por el contrario, el demandado se ve en la tesitura de tener que solicitar la medida de aseguramiento, deberá efectuar un relato más amplio de los hechos admitiendo o negando los contenidos en la demanda, al efecto de conformar el objeto del proceso, lo que permitirá al órgano jurisdiccional examinar la concurrencia de todos los requisitos de la medida de aseguramiento solicitada.

3.2. Fundamentos jurídicos

3.2.1. Legitimación activa

Por mor del artículo 297.1 LEC³⁷⁵ la legitimación para presentar la solicitud de aseguramiento de la prueba ya iniciada la litispendencia, la ostentan tanto el demandante como el demandado.

3.2.2. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva, regulada en el artículo 298.4 LEC³⁷⁶, indica que podrán soportar una medida de aseguramiento el demandado o el sujeto pasivo -tercero- que deba soportar la medida.

³⁷⁵Artículo 297.1 LEC: “Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo...”

³⁷⁶Artículo 298.4 LEC: “Las medidas de aseguramiento de la prueba se adoptarán previa audiencia de la persona que haya de soportarla. Si se solicitasen una vez iniciado el proceso, también se oirá al demandado. Sólo

3.2.3. Competencia

Como consecuencia de la remisión expresa que realiza al artículo 297.3 LEC al 293.2 II LEC, regulador de la competencia en el ámbito de la prueba anticipada, será competente para conocer de la solicitud de aseguramiento realizada *lite pendente* el órgano jurisdiccional que esté conociendo el proceso principal.

3.2.4. Postulación y defensa

Como resulta lógico pensar, la solicitud estará suscrita por el procurador y el letrado encargados de la representación y defensa del solicitante en el proceso principal, salvo que el solicitante no se esté valiendo de los dos profesionales en el marco de un proceso en el que su intervención no es preceptiva.

3.3. *Petitum*

El *petitum* de la solicitud de aseguramiento coincide con el contenido en la solicitud de aseguramiento efectuada *ante demandan* siendo posible que el órgano jurisdiccional sustituya la medida asegurativa solicitada por aquella otra medida que estime más adecuada y sea, además, menos onerosa para aquél que deba soportarla.

4. Posibles medidas asegurativas a adoptar

quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido podrá aducir, al oponerse a su adopción, la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba”

El objeto de este apartado será desarrollado en el próximo capítulo, de forma que ahora simplemente indicaremos que las posibles medidas asegurativas a solicitar son *numerus apertus*, deben ser proporcionales al fin pretendido y causar el mínimo daño a la contraparte o al tercero afectado.

En este sentido el artículo 297.2 LEC³⁷⁷ realiza una mención genérica acerca de las posibles medidas asegurativas a solicitar, de forma que a nuestro entender da libertad a las futuras partes para pedir aquellas medidas que se estimen más adecuadas y cumplan los requisitos contenidos en artículo 298.1 LEC.

Dada la redacción del citado artículo 297.2 LEC, procederemos a clasificar las posibles medidas a solicitar en dos grupos principales, las generales contenidas en el párrafo primero y las especiales, relacionadas con la propiedad industrial e intelectual, recogidas en el párrafo segundo *in fine*.

Por tanto, en primer lugar, las medidas asegurativas generales podrán consistir en mandamientos de hacer o no hacer, en la

³⁷⁷Artículo 297.2 LEC: “Las medidas consistirán en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características. Para los fines de aseguramiento de la prueba, podrán también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad. En los casos de infracción de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, una vez el solicitante de las medidas haya presentado aquellas pruebas de la infracción razonablemente disponibles, tales medidas podrán consistir en especial en la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas.”

conservación de cosas o situaciones o, por fin, en dejar constancia fehaciente de la realidad de una cosa o de una situación³⁷⁸.

En segundo lugar, las medidas asegurativas especiales conforme determina el artículo 297.2 II LEC, podrán consistir en especial en la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas.

5. Procedimiento del aseguramiento de la prueba

5.1. Procedimiento *ante demandam*

La decisión del órgano jurisdiccional admitiendo o desestimando la petición asegurativa adoptará la forma de providencia. El camino para llegar a adoptar tal decisión judicial es diferente dependiendo de si la tramitación del aseguramiento sigue las pautas dispuestas para el procedimiento que se ejecuta con plena contradicción, o se siga el procedimiento excepcional que se tramita *inaudita parte*.

5.1.1. Procedimiento con plena contradicción.

En nuestra opinión, el texto legal recoge dos procedimientos para la tramitación de las solicitudes de aseguramiento, el general contenido

³⁷⁸CREMADES MORANT, J. en “*Ley de enjuiciamiento civil*”, Op. Cit. Pág. 724. Más ejemplos, Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Coord.), *Comentarios...*Op. Cit. Pág. 1238.

en el artículo 298.4 LEC y el excepcional regulado en el artículo 298.5 LEC.

En este epígrafe nos referiremos a la tramitación general de las medidas de aseguramiento. Conforme determina el artículo 298.4 LEC³⁷⁹ este incidente principiaría con la interposición de la correspondiente petición solicitando la medida asegurativa. De esta manera, en la solicitud se expondrían los hechos y fundamentos jurídicos así como la medida que se pretende adoptar.

Tras la recepción de la petición, el órgano jurisdiccional analizará su jurisdicción y su competencia así como la concurrencia de todos los requisitos necesarios contenidos en la ley.

A continuación, dará traslado de la petición a la persona que deba soportarla, al efecto de que muestre su conformidad o su disconformidad con la misma.

El contenido de la oposición será diferente según se interponga por el futuro demandado o por el tercero. En el primer caso, el futuro demandado podrá fundar su oposición en cualquiera de las causas descritas en el artículo 298.7 LEC, entre las que se reconocen expresamente la imposibilidad de adoptar la medida, la impertinencia o la inutilidad de la medida solicitada.

Por el contrario, la ley veda al tercero o a la persona que haya de soportar la medida, la posibilidad de alegar como fundamento de la oposición dicha imposibilidad, la impertinencia o la inutilidad de la

³⁷⁹Artículo 298.4 LEC: 4. Las medidas de aseguramiento de la prueba se adoptarán previa audiencia de la persona que haya de soportarla. Si se solicitasen una vez iniciado el proceso, también se oirá al demandado. Sólo quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido podrá aducir, al oponerse a su adopción, la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba.

fuente respecto del futuro procedimiento, por lo que deberá basar su oposición en cualquier otra circunstancia ajena a las antedichas v.g. Paralización de la actividad o la excesiva onerosidad de la medida solicitada.

Además de oponerse a la ejecución de la medida asegurativa solicitada, la persona que deba soportar la medida ostenta la facultad de solicitar la prestación de una caución sustitutoria de la medida solicitada, asegurando de esta manera la indemnidad y la futura disposición de la fuente probatoria en el proceso principal que está por llegar.

La caución sustitutoria ha sido objeto de críticas por la doctrina. GARBERÍ LLOBREGAT la considera “como ciertamente problemática”³⁸⁰, mientras que DE LA OLIVA con total lógica considera que “esta caución tendrá como fin esencial asegurar la práctica de la prueba no los posibles daños y perjuicios que el aseguramiento puedan irrogar al demandado o sujeto pasivo de la demanda, de modo que procederá esta cautela cuando la alteración o desaparición de la prueba dependa de quien ofrece la contracautela y se pueda considerar que la pérdida de la caución a quien la ofrezca no compensa los beneficios que este mismo sujeto pudiera obtener de la imposibilidad de practicar la prueba en el futuro”³⁸¹.

Finalmente, el órgano jurisdiccional decidirá, mediante providencia, si accede a la petición de la medida de aseguramiento, bien a su sustitución por otra medida que a su entender resulte menos gravosa para el sujeto pasivo de la medida, bien a su reemplazo por la caución

³⁸⁰GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Coord.) *Comentarios...* Op. Cit. Pág. 1240.

³⁸¹DE LA OLIVA SANTOS, A. (Coord.) “*Comentarios...*” Op. Cit. Pág. 536.”

sustitutoria ofrecida por el sujeto pasivo de la medida de aseguramiento.

5.1.2. Procedimiento *inaudita parte*

Como hemos indicado anteriormente, la ley regula un segundo procedimiento para la tramitación de las medidas de aseguramiento, que se caracteriza porque la decisión sobre la medida solicita se adopta provisionalmente sin el conocimiento de la contraparte o del tercero.

La ley regula la posibilidad de adoptar la medida de aseguramiento *inaudita parte*³⁸² mediante la emisión de una providencia motivada, irrecurrible y provisional, que mutará a la forma de auto, también irrecurrible, en el caso de que el demandado o sujeto pasivo de la medida se opongan a tal decisión y se celebre la correspondiente vista, como veremos más adelante.

Las razones que legitiman al solicitante para pedir la adopción de una medida de aseguramiento *inaudita parte* son la existencia de un peligro o de un riesgo de que se destruyan las fuentes de prueba, la generación de daños irreparables en caso de que se produzca un retraso en su ejecución o se acredite por el solicitante una intensa

³⁸²Artículo 298.5 LEC: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando sea probable que el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables al derecho del solicitante de la medida o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica si así se solicita, el tribunal podrá acordar la medida sin más trámites, mediante providencia. La providencia precisará, separadamente, los requisitos que la han exigido y las razones que han conducido a acordarla sin audiencia del demandado o de quien vaya a ser demandado. Esta providencia es irrecurrible y será notificada a las partes y a quien hubiera de soportarla sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas.”

probabilidad de que ciertas circunstancias humanas o naturales impedirán su adopción.

En caso de que se adopte la medida sin contradicción, el demandado o quien hubiera de soportar la medida podrá oponerse frente a tal decisión en el plazo de 20 días desde la notificación de la providencia por la que se acordó la medida de aseguramiento.

Los motivos de la oposición están tasados *ex artículo 298.7 LEC*, de forma que el opositor de la medida podrá aducir la inexistencia de daños irreparables o la posibilidad de adoptar medidas menos gravosas que las acordadas por el órgano jurisdiccional, así como solicitar la prestación de una caución sustitutoria.

Al igual que en el caso anterior, sólo el futuro demandado o demandado podrá argumentar la imposibilidad, la impertinencia o la inutilidad de la medida de aseguramiento solicitada.

La oposición a la adopción de la medida de aseguramiento *inaudita parte* se realizará por escrito de modo semejante a lo que ocurre en sede cautelar, con la particularidad de que no se obliga al opositor a indiciar en su escrito los medios de prueba de los que intentará valerse para demostrar sus pretensiones.

Tras la celebración de la correspondiente vista, el juez dictará la correspondiente resolución judicial mediante auto irrecurrible.

La efectiva adopción de la medida se producirá en el momento en que se elimine ciertamente el peligro físico o natural que se cierne sobre la fuente de prueba que se pretende asegurar.

Evidentemente, tal resultado no se obtiene con la simple emisión de la resolución judicial sino con la ejecución de las medidas necesarias para la protección de la citada fuente v.gr. secuestro del bien productivo, etc.

En relación con lo anterior, debemos recordar que, en aquellos casos en los que voluntariamente el solicitante hubiera decidido ofrecer una caución para hacer frente a los posibles daños y perjuicios que pudiera sufrir el sujeto pasivo de la medida, ésta deberá haberse constituido con carácter previo a la efectiva ejecución de la medida.

5.2. Procedimiento *lite pendente*

La tramitación de la solicitud de aseguramiento una vez iniciada la *litis* seguirá el esquema expuesto en el epígrafe anterior.

La única particularidad de este procedimiento radica en el hecho de que, por regla general, en virtud del artículo 276 LEC, las partes conocerán todas las actuaciones realizadas por la contraria, lo que puede perjudicar el efecto de aquella solicitud que pueda formularse *inaudita parte*.

6. Impugnación de la decisión de aseguramiento de la prueba

6.1. Impugnación de la solicitud de aseguramiento de la prueba *ante demandam*

Para analizar debidamente esta cuestión debemos diferenciar entre aquellas solicitudes que pretenden la adopción de la medida de aseguramiento con audiencia o sin audiencia de la contraparte.

En el primer caso, cuando se solicita una medida de aseguramiento, al igual que ocurre con la prueba anticipada, el órgano jurisdiccional resuelve acerca de la petición por medio de providencia, por lo que la posible impugnación de la misma deberá realizarse mediante la interposición del correspondiente recurso de reposición³⁸³.

Por el contrario, en aquellos supuestos en los que la solicitud se tramite *inaudita parte* el juez o tribunal resolverá por medio de resoluciones irrecurribles, como veremos a continuación.

Por un lado, como consecuencia del tenor literal del artículo 298.5 LEC³⁸⁴, la admisión de la petición de aseguramiento *inaudita parte* se resolverá por medio de una providencia irrecurrible. Sin embargo, entendemos que la inadmisión de tal petición podrá ser objeto de impugnación por medio del recurso de reposición.

Por otro lado, la decisión judicial que resuelve la oposición formulada por el futuro demandado o por el sujeto pasivo que ha sufrido la medida de aseguramiento adoptada sin contradicción, adoptará la forma de auto irrecurrible ex artículo 298.8 LEC.

Por tanto, las resoluciones emitidas por parte del órgano jurisdiccional relativas a la posible adopción de una medida de aseguramiento *inaudita parte* serán inmediatamente firmes, por lo

³⁸³Artículo 297.1 LEC: “Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia...”

³⁸⁴Artículo 298.5 LEC: “Esta providencia es irrecurrible y será notificada a las partes y a quien hubiera de soportarla sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas.”

que no podrán ser impugnadas ni por el solicitante ni por el sujeto que deba soportar la medida solicitada.

6.2. Impugnación de la solicitud de aseguramiento de la prueba *lite pendente*

Los trámites impugnatorios de la decisión judicial referente al aseguramiento solicitado existiendo ya litispendencia son idénticas a las dispuestas para las peticiones *ante demandam*.

Así las cosas, por un lado, la admisión y la inadmisión de las solicitudes realizadas conforme a lo dispuesto en el artículo 298.4 LEC, se decidirán por medio de providencia y se impugnarán mediante la interposición del correspondiente recurso de reposición.

Por otro lado, la decisión de las solicitudes realizadas *inaudita parte* se decidirán por medio de providencia o auto irrecurrible, tal y como hemos expuesto en el epígrafe anterior.

El análisis de las posibles vías de impugnación de la admisión o inadmisión de las medidas de aseguramiento nos ha suscitado la siguiente cuestión ¿Por qué en unos casos la resolución adoptada por el órgano jurisdiccional es recurrible y en otros supuestos no?

Como hemos comprobado, tanto la solicitud de las medidas asegurativas tramitada con contradicción como la formalizada *inaudita parte* se adopta tras dar audiencia a los futuros demandados, o a aquellos terceros que deben soportar las citadas

medidas. Sin embargo, en este último supuesto, el artículo 298, apartados 5º y 8º, LEC determina que las resoluciones que se adopten por el órgano jurisdiccional serán irrecurribles.

En nuestra opinión nos encontramos ante una decisión que se ha adoptado por razones de economía procesal. La adopción de la medida *inaudita parte* se acuerda sobre la base de la existencia de unos riesgos que se ciernen sobre la fuente probatoria que pueden provocar su desaparición, de ahí la necesidad de que su ejecución vaya precedida de una decisión judicial rápida e irrecurrible.

Esta decisión judicial pese tratarse de una providencia y de ser “provisional” contendrá los motivos que han llevado al órgano jurisdiccional a adoptar su resolución³⁸⁵. Esta motivación tiene como objeto permitir que tanto el futuro demandado como el tercero que deba sufrir la medida asegurativa puedan oponerse a ella conociendo los argumentos de la decisión judicial.

En este sentido, el artículo 298.6 LEC establece la posibilidad de que el futuro demandado o el tercero puedan oponerse a la adopción de la medida, en los 20 días siguientes desde la notificación de la providencia que acordó la medida de aseguramiento.

En esta vista, tanto el futuro demandado como el tercero podrán defenderse adecuadamente al conocer las razones que motivaron la adopción de la medida *inaudita parte*. Tras el oportuno debate, el órgano jurisdiccional adoptará la decisión de mantener la medida o revocarla.

³⁸⁵Artículo 298.5 LEC: “...La providencia precisará, separadamente, los requisitos que la han exigido y las razones que han conducido a acordarla sin audiencia del demandado o de quien vaya a ser demandado.”

Por tanto, tal y como determina el artículo 298.5 LEC, la inicial providencia es irrecurrible y, por tanto, no es objeto de recurso, pero sí es revisada *ex novo* por parte del órgano jurisdiccional, que tras escuchar a los afectados adopta su decisión.

Así las cosas, la concesión de un nuevo trámite de impugnación al futuro demandado o al tercero, tras la celebración de la vista de oposición, sería tanto como ofrecer a estos afectados una tercera oportunidad de alzarse frente a la decisión judicial, lo que sin duda el legislador consideró innecesario, ya que sus derechos quedan perfectamente salvaguardados con el procedimiento actual.

7. Plazo de validez

En aplicación del artículo 297.4 LEC, las medidas de aseguramiento *ante demandam* quedarán sin efecto si no se presenta la correspondiente demanda en el plazo de 20 días desde la fecha de su efectiva adopción.

En nuestra opinión, la disminución del plazo de efectividad de la medida de aseguramiento respecto de la prueba anticipada está plenamente justificada, no sólo por la posibilidad de que la misma recaiga sobre terceros sino por el alcance que las medidas pueden tener sobre la persona o los bienes de aquellas personas que deban soportarla, tal y como comprobaremos en el siguiente capítulo.

Precisamente por el alcance personal y real que pueden tener las medidas de aseguramiento no comprendemos cómo el legislador

decidió que la única sanción por no interponer la demanda en el plazo de 20 fuera la pérdida de la eficacia de la medida adoptada.

Piénsese que, tal y como comprobaremos en el siguiente capítulo, con estas medidas se puede llegar a paralizar la actividad de una empresa o a limitar la misma con los perjuicios que tal actuación pueden suponer para el sujeto pasivo de la medida.

Así las cosas, en nuestra opinión, sería conveniente modificar el texto actual de la ley al objeto de imponer a cualquier solicitante de las medidas cautelares la prestación obligatoria de la debida caución, al efecto de hacer frente a los daños y perjuicios que la medida pudiera irrogar al afectado por la medida asegurativa.

De esta forma, cumplido el plazo para interponer la demanda sin que el solicitante procediera en tal sentido, el sujeto pasivo de la medida asegurativa estaría facultado para solicitar la ejecución de la caución, a fin de resarcirse de los posibles daños y perjuicios sufridos por la adopción de aquélla.

Otra posible solución sería la aplicación analógica del artículo 730. 2. II³⁸⁶ LEC, que determina la imposición de las costas al solicitante que

³⁸⁶Artículo 730.2 II LEC: “En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El Secretario judicial, de oficio, acordará mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es

no interponer la demanda tras adopción de las medidas cautelares
ante demandam.

responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.”

CAPÍTULO SÉPTIMO. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y SU EJECUCIÓN.

1. Introducción

El presente capítulo lo comenzamos siendo conscientes de la dificultad que entraña realizar una clasificación de las medidas de aseguramiento, dado que la ley no establece una lista, ni siquiera ejemplificativa de éstas, limitándose a señalar grupos genéricos de medidas susceptibles de ejecución, lo que según MUERZA ESPARZA merece una valoración positiva “ante la variedad de circunstancias que pueden requerir su adopción³⁸⁷”.

En efecto, ni las posibles medidas de aseguramiento de la prueba ni su ejecución vienen determinadas en la ley, razón por la cual se debe realizar un ejercicio de “imaginación” para lograr no sólo averiguar qué medidas pueden adoptarse en un futuro o actual proceso sino también para determinar su efectivo modo de ejecución.

A mayor abundamiento, debemos recordar que el artículo 298.3 LEC faculta expresamente al juez o al tribunal que conoce de la solicitud de aseguramiento para adoptar aquélla medida que “con la misma finalidad estime preferible” ³⁸⁸ aunque “ésta fuera diferente a la

³⁸⁷CORDÓN MORENO, F. *Comentarios ...*, pág. 1058.

³⁸⁸RIFÁ SOLER, J.M., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., VALLS GOMBAU, J.F. “*Comentarios ...*” Op. Cit. Pág. 1389. “Si el juez admite la petición acordará la medidas que, a su juicio, sean necesarias con la finalidad de que se salvaguarde la integridad de objetos, lugares, edificios, etc.” Vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000*, Economist & Jurist, Barcelona, 2000, pág. 202.

solicitada por el futuro demandante o por las partes según el momento en que se pidan”³⁸⁹.

Pese a esta evidente complicación, vamos a tratar de exponer y analizar en las próximas páginas aquellas medidas de aseguramiento que hemos podido localizar en la ley, por medio de la jurisprudencia o que han sido tratadas por la doctrina, así como el régimen legal que puede resultar aplicable a su ejecución.

2.- Breve recordatorio del ámbito objetivo del aseguramiento

Como ya expusimos en el capítulo primero, epígrafe cuarto, el aseguramiento de la prueba tiene como objetivo esencial proteger las fuentes de prueba para que estén disponibles en el proceso iniciado o en el que está por iniciarse.

Asimismo, como también se dijo en el capítulo primero epígrafe cuarto por su propia naturaleza, sólo serán susceptibles de asegurarse las fuentes probatorias materiales³⁹⁰ pero nunca las personales.

³⁸⁹ VV. AA. *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pág. 131.

³⁹⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A. “Comentarios ...”. Op. Cit. Pág. 535. “Es de notar que las medidas de aseguramiento no permiten operar directamente sobre personas, porque se refieren a objetos materiales o estados de cosas. Si la persona es el sujeto o el objeto de la prueba que corre peligro, procederá la prueba anticipada.” MARINA MARTÍNEZ PARDO, J., MARINA MARTINEZ-PARDO, J. (Coord.), *Ley de enjuiciamiento civil*, Sepin, Madrid, 2000, pág. 725. “Atendido el riesgo de que por conductas humanas o por acontecimientos naturales, puedan destruirse o alterarse objetos, materiales o estados de las cosas (por tanto, no referido a “personas”, partes o testigos) sino a cosas.” LOPEZ YAGÜÉS, V. *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 143.

3. Posibles medidas de aseguramiento

3.1. Medidas de aseguramiento legales

No existe en la ley ni se recoge en el artículo 297 LEC una clasificación de las medidas de aseguramiento que puedan ser adoptadas en el seno de un proceso o con anticipación a éste, dejando el legislador al juzgador plena libertad para acordar las más adecuadas a cada caso concreto. Se trata, por tanto, de medidas “innominadas” o *numerus apertus*³⁹¹.

Parece que el legislador, siguiendo el tenor literal del artículo 299.3 LEC³⁹², referido a los medios de prueba, ha querido favorecer al máximo este tipo de herramientas para alcanzar la máxima protección del derecho a la tutela judicial efectiva, o más particularmente, del derecho a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes.

El apartado primero del artículo 297 LEC establece los tres principales grupos de medidas asegurativas, que, de modo general, pueden solicitarse en el curso de un proceso o antes de su previsible inicio. Los objetivos de las medidas serían principalmente:

³⁹¹DE LA OLIVA SANTOS, A. *Comentarios*, Op. Cit. Pág. 535. “Las medidas son innominadas o no típicas, pero sus características no aparecen solo en el apartado 2, claramente dedicadas a ellas, sino también, bien mirado en el apartado 1: han de ser, no solo disposiciones que conservan cosas o situaciones o dejen constancia fehaciente de su realidad o características, sino mandatos de hacer o no hacer, pero en todo caso, determinaciones útiles para evitar que conductas humanas o acontecimientos naturales destruyan o alteren instrumentos probatorios o los objetos de prueba.”

³⁹²Artículo 299.3. LEC “Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesaria.”

- 1º) La conservación de cosas o situaciones.
- 2º) Dejar constancia fehaciente de la realidad de la cosa o de la situación con sus características.
- 3º) Mandatos de hacer o no hacer.

Por su parte, el párrafo segundo del citado artículo determina un grupo de medidas de aseguramiento “especiales” que serán susceptibles de ser adoptadas en aquellos casos en los que los procesos iniciados o futuros estén relacionados con infracciones de los derechos de propiedad industrial o propiedad intelectual. En este caso, la ley sí ofrece algunos ejemplos concretos:

*En los casos de infracción de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, una vez el solicitante de las medidas haya presentado aquellas pruebas de la infracción razonablemente disponibles, tales medidas podrán consistir **en especial** en la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas.*

3.2. Medidas de aseguramiento recogidas en la jurisprudencia

La jurisprudencia ha considerado como posibles medidas de aseguramiento, las siguientes:

- La intervención judicial y el depósito de objetos, por ejemplo, el depósito de un vehículo siniestrado, Sentencia de la Audiencia

- Provincial de Madrid, Sección 20^a, de 8 junio de 2004, SAP M 8443/2004;
- La realización de informes fotográficos o videográficos, con previa inspección en su caso de la cosa u objeto, como es el caso de una visita a un local examinándolo de forma pormenorizada y realizando fotografías, Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 3^a, de 30 enero 2003, SAP IB 216/2013.

 - Intervención de correos electrónicos en un caso de demanda por competencia desleal consistente en realizar una oferta de mejor empleo y posteriormente contratar en bloque a varios miembros de la cúpula directiva de la actora, Sentencia Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid, de 17 mayo 2005, SJM M 101/2005.

 - La entrada y registro en un lugar para constatar el empleo de los programas informáticos por la demandada, dado que éstos constituyen un bien especialmente susceptible de ser alterado o hecho desaparecer de un equipo informático de la contraparte si ésta se encuentra en el brete de que se le reproche su posesión indebida o su mal uso, Auto de la Audiencia Provincial Madrid, Sección 28^a, de 5 junio 2008, AAP M 7650/2008.

 - Redacción de un informe pericial relativo a la formación de inventarios de programas informáticos. Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3^a, de 6 junio de 2008³⁹³, AAP CS 431/2008.

³⁹³ Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3^a, de 6 junio de 2008 “En primer lugar, hemos de rechazar la objeción primeramente

La particularidad de todas estas resoluciones reside en que revisan actuaciones resueltas por diversos juzgados de primera instancia, por lo que no recogen el procedimiento seguido para alcanzar los fines asegurativos³⁹⁴.

En algún caso, como ocurre con la sentencia de la AP Madrid, Sección 28, de 5 junio 2008, la medida de aseguramiento es mencionada en la resolución judicial como ejemplo a los meros efectos dialécticos³⁹⁵. Esta misma Sección, ha dictado otras dos resoluciones judiciales de

formulada, pues nadie discute el principio dispositivo de las partes, ni la solicitud de prueba alguna, lo cierto es que ha de pensarse que en adopción de la medida de aseguramiento de la prueba, goza el Tribunal de un margen de discrecionalidad en atención a valorar los requisitos necesarios exigidos por la norma, y no cabe duda, de que la expresada pericial relativa a la formación de inventarios de los programas, no está encuadrada dentro de las medidas contempladas en el art. 141 LPI , sino en el artículo 297 de la LEC , que permite que antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, puedan pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, puedan destruirse o alterarse objetos materiales o estados de cosas, de forma que resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla, exigiendo el párrafo segundo de dicho precepto que el solicitante de las medidas presente pruebas de la infracción razonablemente disponibles.”

³⁹⁴ En primer lugar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, de 8 junio de 2004 hace referencia al excesivo gravamen que supuso el secuestro del vehículo accediendo a la reclamación de daños y perjuicios que planteó el sujeto pasivo de la medida de aseguramiento. En segundo lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 30 enero de 2003 se refiere a la medida de aseguramiento para reprochar al demandante que no ampliara la demanda con el resultado de la diligencia practicada. Por último, la Sentencia Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid, de 17 mayo 2005 valora el resultado de los medios probatorios obtenidos a resultados de la medida de aseguramiento.

³⁹⁵ “Tampoco compartimos el argumentos de la resolución recurrida que resta importancia, como fundamento de la solicitud, a la posibilidad de que puedan manipularse registros informáticos por el destinatario de la medida. En sede de hipótesis, convenimos con el apelante en que, por su inmaterialidad, los programas de ordenador constituyen un bien susceptible de ser alterado o hecho desaparecer.”

fechas 18 de diciembre de 2008 y 3 de diciembre de 2010 relacionadas con las medidas de aseguramiento.

La primera acepta como medida de aseguramiento el examen de equipos informáticos para dejar constancia de la descarga de archivos.

Por el contrario, en la segunda resolución la misma Sección deniega el examen del contenido de ciertos discos duros así como la comprobación de la instalación no autorizada de ciertos programas al efecto de realizar un informe pericial, por considerar que dichas actuaciones son supuestos de prueba anticipada.

3.3. Medidas asegurativas consideradas por la doctrina

Por último, la doctrina ha aportado más ejemplos de aseguramiento:

Por un lado, MUÑOZ SABATÉ ofrece las siguientes medidas de aseguramiento: las consistentes en una ocupación o secuestro, el precintaje, la estampación de una señal identificatoria o de seguimiento, la constatación fehaciente por medios documentales o técnicos o la orden de conservar y mantener, o de abstenerse de remover, alterar o destruir³⁹⁶.

Por su parte, GARBERÍ LLOBREGAT y BUITRÓN RAMÍREZ proponen las siguientes: Poner bajo custodia de un tercero un determinado objeto sobre el que practicar una prueba pericial, objeto cuya destrucción se teme si sigue en manos de quien lo posea en ese momento, depositar en un establecimiento adecuado aquellos objetos necesitados de cuidados o medidas especiales para mantener su

³⁹⁶MUÑOZ SABATÉ, L. *Fundamentos ...* Op. Cit. Pág. 221.

integridad, formalizar un inventario de bienes u objetos que constate fehacientemente su número o características o, finalmente, ordenar a quien esté al cuidado de una cosa o una industria que se comporte (o que se abstenga de comportarse) de un modo determinado³⁹⁷.

DORADO PICÓN añade a las ya señaladas por la jurisprudencia, la exhibición y entrega a la comisión judicial de varios discos duros de los ordenadores en los que se encuentran almacenados y desde los que se administran los sitios web “elitemula” y “etmusica” en los que constan los datos sobre el número de descargas de obras musicales en un determinado periodo de tiempo³⁹⁸.

Por último, GARCÍA propone como posibles medidas asegurativas la grabación del contenido de un disco duro de un ordenador cuyo contenido pueda ser luego objeto de prueba durante el litigio o la descarga de cierta información de internet que pueda resultar de interés para el litigio³⁹⁹.

4. Tipología de las medidas de aseguramiento. Medidas de aseguramiento generales

4.1. Posibles medidas asegurativas

Como hemos tenido la oportunidad de comprobar en el epígrafe 3.1, el objeto de las medidas de aseguramiento generales se circunscribe a

³⁹⁷ GARBERÍ LLOBREGAT. J., BUITRÓN RAMÍREZ, G., Op. Cit. Pág. 236.

³⁹⁸DORADO PICÓN, D. Op. Cit. Pág. 116.

³⁹⁹GARCÍA GARCÍA, E. *Jornadas de estudio y actualización en materia de patentes ("Los Lunes de Patentes"); Oficina Española de Patentes y Marcas; Madrid, 28 de noviembre de 2011.* Disponible en: http://www.ub.edu/centrepatents/pdf/doc_dilluns_CP/Garcia-garcia_Diligencias_preliminares_litigios_patentes.pdf

la conservación de cosas y/o situaciones, a la constatación de sus características o a la emisión de mandatos de hacer o no hacer.

La conservación -guardar algo con cuidado- se configura como una herramienta idónea para aquellos casos en los que se pretende mantener el *status quo* de una cosa o de una situación durante un tiempo prolongado que deberá ser objeto de análisis en el proceso iniciado o futuro.

Entendemos que esta actuación se ha previsto para aquellos casos en los que resulta necesario recabar los servicios de empresas o terceros especializadas para obtener tal fin, o para aquellos otros casos en los que existe un temor fundado a que el mandato judicial de hacer o no hacer no será cumplido por el destinatario del mismo y sea imprescindible mantener la cosa o situación en su estado actual.

Por su parte, la constatación, entendida como comprobación, en nuestra opinión, puede ser efectiva en los siguientes supuestos en los que:

- i) el bien o situación objeto del aseguramiento es susceptible de desaparecer en un plazo breve de tiempo - *v. gr.* mantenimiento de bienes perecederos que deben ser entregados y la parte que debe recibirlos alega su mal estado para no proceder a su recepción-,
- ii) los bienes o situaciones que se pretenden asegurar están generando daños al solicitante o terceros -*v.gr.* piratería informática o vertidos tóxicos a un río o al mar por parte de una empresa durante el ejercicio de su actividad- y es necesaria su remoción por el cauce correspondiente.

Por último, los mandatos de hacer o no hacer están muy relacionados con la conservación de las cosas o situaciones y serán la herramienta perfecta para decretar el mantenimiento de una cosa o de una situación en todos aquellos supuestos en los que no se pretenda privar del bien a su actual poseedor por necesitarlo para su actividad diaria.

4.2. Posibles cauces procedimentales para la ejecución de las medidas de aseguramiento

Una vez analizadas las posibles medidas asegurativas a adoptar debemos entrar a valorar los posibles cauces ejecutivos de las mismas. Debemos destacar que éstos no se encuentran regulados en la ley de modo que habrá que acudir a la aplicación analógica de aquellos procedimientos similares que permitan alcanzar los fines asegurativos de conservación o constatación.

4.2.1. La conservación de cosas y situaciones

4.2.1.1. Conservación de cosas

La conservación de cosas o bienes irá dirigido a mantener el *status quo* de la fuente probatoria y a impedir que la misma se modifique, deteriore o desaparezca.

El solicitante y el órgano judicial estarán interesados en la conservación del objeto del aseguramiento en los términos actuales hasta el inicio del procedimiento probatorio.

La ley no dispone ningún tipo de procedimiento para la obtención de los fines conservativos determinados en los párrafos precedentes, por lo que entendemos que la ley está otorgando al órgano jurisdiccional las más amplias libertades para la consecución del fin asegurativo probatorio.

Para ello, es más que probable que los jueces y tribunales acudan a aquellos procedimientos ya previstos en la ley para situaciones similares o semejantes, sin perjuicio de que puedan ordenar todas aquellas actuaciones que estimen convenientes para la finalidad pretendida.

En nuestra opinión, el cauce idóneo para la conservación de cosas o bienes muebles sería el comprendido en el artículo 626 LEC, relativo al depósito judicial⁴⁰⁰.

Los artículos 626 a 628 LEC -incluidos dentro de las garantías de la traba de bienes muebles y valores- regulan el depósito judicial, también denominado secuestro, determinando los diferentes tipos de depósito susceptibles de adopción dependiendo del bien afectado, el procedimiento para la designación del depositario y sus responsabilidades, así como los gastos del depósito.

⁴⁰⁰GIMENO SENDRA, V. Op. Cit. Pág. 1759. “El depósito judicial es la tenencia de bienes muebles por una persona o entidad, para guardarlos y retenerlos a disposición del tribunal, hasta que éste ordene su entrega a determinada persona. No es esencial para el depósito la traslación física de los bienes, sino que el depósito puede ser constituido simplemente sujetando a su régimen jurídico bienes que ya se hallan en poder de una persona (arts. 626.2 y 3 y 627.2). Este régimen jurídico consiste en un conjunto de obligaciones, responsabilidades y derechos, establecidos en la LEC (arts. 627 y 628), en el CP (arts. 432, 433 y 435.3. °) y en el CC (arts. 1785 al 1789 y las disposiciones generales sobre el depósito, en la medida en que no contradigan los preceptos del depósito judicial).”

La función esencial del depósito previsto en los artículos 626-628 LEC es conseguir, en primer lugar, la indemnidad del bien depositado mediante su protección y su mantenimiento; en segundo lugar, la custodia de su valor; y, en tercer y último lugar, la no transmisión del bien a terceros.

Por el objeto de nuestro estudio sólo nos interesa el primero de los fines manifestados, la protección y mantenimiento del bien puesto que los otros dos objetivos son propios de otras instituciones diferentes como la ejecución o las medidas cautelares.

Otra posible vía para obtener los fines asegurativos aquí analizados sería la dispuesta en el artículo 727.3 LEC, referido a la entrega del bien en sede de medidas cautelares, que se remite a las normas procedimentales recogidas en los artículos 626 y siguientes ya expuestos.

4.2.1.2. Conservación de bienes inmuebles

Entendemos que pese a la no mención expresa en la ley de los bienes inmuebles como posibles sujetos del aseguramiento, éstos podrán ser efectivamente asegurados.

No entendemos que la referencia legal expresa a “las cosas o situaciones” como objetos del aseguramiento suponga una exclusión implícita de los bienes inmuebles. De hecho, la ley determina que para proceder a su aseguramiento se adoptarán todas aquellas medidas que impidan alterar o destruir objetos materiales o estados

de cosas, clasificación en la que pueden ser encuadrados perfectamente los bienes inmuebles.

Así las cosas, puede comprenderse que las normas reguladoras del depósito judicial, no estando previstas para aplicarse a los bienes inmuebles en sede de ejecución forzosa, sí pueden terminar aplicándose a éstos cuando se trata de una solicitud de medida de aseguramiento de conformidad con el artículo 297 LEC.

En nuestra opinión, la mejor manera de mantener un bien inmueble, que también es una cosa, es mediante la emisión de mandatos de hacer o no hacer⁴⁰¹, puesto que son la manera más efectiva y menos restrictiva para el sujeto pasivo de la medida asegurativa.

Sin perjuicio de lo anterior, y ante el temor de que el sujeto pasivo no fuera a cumplir con los mandatos de hacer o no hacer, el juez o tribunal podría decretar el precinto del inmueble regulado en la ley de propiedad intelectual⁴⁰² o proceder a la designación de un tercero para que realice las debidas tareas de mantenimiento.

4.2.1.3. Conservación de situaciones

El diccionario de la Real Academia de la Lengua define el vocablo “situación” mediante varias acepciones de entre las cuales consideramos que la que mejor se adapta al tema de nuestro estudio es la siguiente: “disposición de una cosa respecto del lugar que ocupa.”

⁴⁰¹Vid. Epígrafe 4.2.3. siguiente.

⁴⁰²Artículo 139.1 e) LPI.

En estos casos el aseguramiento tendrá por finalidad mantener en las mismas condiciones el lugar en el que se encuentra el objeto del aseguramiento. De esta manera, el aseguramiento no se ejerce sobre la propia fuente de prueba sino sobre el “alojamiento” de la misma. Las medidas más efectivas para alcanzar la finalidad asegurativa son el depósito o secuestro⁴⁰³ y el precinto. La adopción de una u otra medida vendrá determinada por la posibilidad de separar la fuente probatoria del bien al que se encuentra unido.

Por tanto, ambas herramientas buscan precisamente mantener la disposición o la situación de la fuente probatoria en el lugar en el que se encuentra. Así, por ejemplo, con el secuestro de un ordenador se pretende impedir la eliminación de archivos o de programas informáticos contenidos en sus carpetas y con el cierre, también denominado precinto, de un inmueble o de una determinada maquinaria se procura impedir que se modifique su estado hasta el momento en que puedan ser analizados por un perito o por el propio órgano jurisdiccional.

4.2.2. Constancia fehaciente de la realidad de una cosa o de la situación con sus características⁴⁰⁴

4.2.2.1. Constancia fehaciente de la realidad de las cosas

En nuestra opinión el mejor modo para dejar constancia de una cosa pasa por examinarla previamente y un posible cauce determinado en

⁴⁰³Artículo 1781 Código Civil y 626-628 LEC.

⁴⁰⁴Algunos autores consideran que esta medida debe considerarse como una diligencia de prueba anticipada. Vid. LORCA NAVARRETE, A.M. (Coord.) “Comentarios ...” Op. Cit. Pág. 1799.

la ley está recogido en el artículo 256.1.2 LEC en sede de diligencias preliminares.

Una vez que la cosa o el bien sean exhibidos ante el órgano jurisdiccional, el solicitante podrá adoptar aquellas actuaciones necesarias para dejar constancia de aquél mediante la toma de fotografías o la grabación videográfica.

El citado artículo, dispone:

Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio.

Somos conscientes, y así venimos manifestándolo a lo largo del presente trabajo, de que las diligencias preliminares y el aseguramiento de la prueba son figuras con finalidades distintas. Sin embargo, consideramos que pese a sus diferencias es posible acudir a la analogía para poder afirmar que el procedimiento determinado para aquéllas es posible aplicarlo al aseguramiento probatorio.

Existen otras posturas al respecto. Cierta sector doctrinal⁴⁰⁵ entiende que la constatación fehaciente de un objeto debería efectuarse por

⁴⁰⁵RIFÁ SOLER, J.M., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., VALLS GOMBAU, J.F. Op. Cit. Pág. 1389. “Las medidas fundadas en la conservación de las cosas o situaciones o para dejar constancia de la realidad o características, consistirán básicamente en la realización de un reconocimiento judicial, de modo análogo a lo previsto en el artículo 130 de la Ley de patentes.” Esta cita se refiere a la reformada Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.

medio del reconocimiento judicial recogido en el artículo 130 de la Ley de Patentes⁴⁰⁶. No podemos compartir tal afirmación.

Dicho artículo se refiere a las diligencias de comprobación de hechos que pueden concretarse en diferentes actuaciones como pueden ser el registro de las instalaciones, la toma de muestras o la inspección de maquinaria⁴⁰⁷.

Entendemos que tal procedimiento no puede ser aplicado en el ámbito asegurativo probatorio. Según el referido artículo 130 LP, el procedimiento implica la inspección por parte del juez, normalmente asistido por un perito, de una maquinaria o empresa concreta, motivo por el cual consideramos que la diligencia de comprobación de hechos, en su caso, se incluiría en la anticipación probatoria, y más

⁴⁰⁶Artículo 130 1. ALP. “En la diligencia de comprobación el Juez, con intervención del perito o peritos que a tal efecto haya designado, y oídas las manifestaciones de la persona con quien se entienda la diligencia, determinará si las máquinas, dispositivos o instalaciones inspeccionados pueden servir para llevar a cabo la violación alegada de la patente.” Estas diligencias de comprobación se regulan ahora en los artículos 123 a 126 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

⁴⁰⁷ GARCÍA GARCÍA, E. Disponible en: http://www.ub.edu/centrepatents/pdf/doc_dilluns_CP/Garcia-garcia_Diligencias_preliminares_litigios_patentes.pdf “En la práctica, sin ánimo de ser exhaustivo, las diligencias de comprobación más habituales suelen concretarse, entre otras, en: a) la inspección de maquinaria que pueda estarse empleando para fabricar un determinado producto; b) el registro de las instalaciones- naves industriales, fábricas, tiendas, oficinas, laboratorios y otras dependencias- en que pueda estar elaborándose o almacenándose un determinado producto; c) el examen de la documentación relativa al proceso industrial de elaboración de un producto o al procedimiento de obtención de una determinada sustancia; d) la toma de muestras de un determinado producto o de los materiales, sustancias, componentes u otras sustancias o materias relacionadas con la patente; e) la realización de análisis y exámenes periciales sobre materiales, sustancias, procesos de fabricación u obtención de determinados productos; y f) en el caso concreto de los medicamentos, donde las solicitudes de diligencias de comprobación son frecuentes, la realización de las averiguaciones oportunas para comprobar el proceso seguido para la fabricación del principio activo, la composición del fármaco, las cantidades producidas de las sustancias de que se trate y el destino de las mismas.”

concretamente se correspondería con la práctica anticipada de la prueba pericial y/o el reconocimiento judicial regulado en los artículos 353-359 LEC.

Por lo demás, al igual que hemos manifestado en el epígrafe 4.4.2 y aunque la ley no lo diga de forma expresa, siguiendo a GIMENO SENDRA consideramos que el aseguramiento puede amparar también la exhibición de bienes inmuebles⁴⁰⁸, que también son cosas, para lo que se seguiría el procedimiento exhibitorio antes comentado.

Tal afirmación se apoya igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3ª), de 30 enero 2003, antes mencionada, que acordó la realización de informes fotográficos o video gráficos mediante la visita a un local.

4.2.2.2. Constancia fehaciente de situaciones

Si al referirnos anteriormente a la conservación de situaciones hemos hecho alusión a una de las acepciones contenidas en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, ahora consideramos que debemos acoger otra distinta y entender el vocablo “situación” como “el

⁴⁰⁸GIMENO SENDRA, V. Op. Cit. Pág. 5-14. “Sin embargo, el precepto comentado se limita a requerir que el futuro proceso se refiera a la cosa cuya exhibición se pide, sin que se precise que dicho proceso deba versar sobre la entrega de la cosa. En definitiva, la mayor flexibilidad del supuesto regulado en el art. 256.1.2.º, en la medida en que no especifica ni que la cosa a exhibir deba ser mueble, ni que la pretensión a formular en el proceso posterior deba ser de condena a su entrega, debe ser aprovechada para realizar una interpretación amplia en el actual sistema cerrado de diligencias preliminares, con el fin de prestar el auxilio judicial solicitado siempre que pueda apreciarse la concurrencia de los requisitos generales adecuación, justa causa e interés legítimo.” Las afirmaciones del citado autor se refieren a las diligencias preliminares pero consideramos que son perfectamente extrapolables a las medidas de aseguramiento.

conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o a algo en un determinado momento.”

En nuestra opinión, esta distinción se hace necesaria al considerar que el objeto de la conservación y la constancia son diferentes, refiriéndose el objeto de la primera a la situación de las cosas tangibles, mientras que el sujeto de la constancia se refiere a situaciones entendidas como intangibles.

Así, nos parece muy improbable obtener la conservación de ciertas situaciones, consideradas éstas como factores o circunstancias que rodean a una cosa o persona, porque éstas son volubles y cambiantes y, generalmente como comprobaremos a continuación, implican actuaciones perjudiciales para terceros que no deben mantenerse en el tiempo.

Serán herramientas muy útiles para dejar constancia fehaciente de la realidad de la situación con sus características la intervención del correo, ordinario o electrónico, y la entrada y el registro, tal y como hemos podido comprobar por medio de las resoluciones judiciales antes mencionadas de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28^a), de 5 junio 2008 y la Sentencia Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid, de 17 mayo 2005.

Con este tipo de medidas se trata de acceder a aquellas fuentes de prueba donde se recogen datos que permitan acreditar conductas ilícitas o prohibidas para dejar constancia, por ejemplo, de la vulneración del secreto profesional, la transmisión del *know how* de una mercantil o la vulneración de un pacto de no competencia suscrito por un ex empleado.

4.2.3. Mandatos de hacer y de no hacer recogidos en el artículo 297.2 LEC

De acuerdo con el texto legal, para la consecución de los fines asegurativos probatorios antes mencionados, el órgano jurisdiccional podrá dirigir mandatos de hacer o no hacer bajo apercibimiento de desobediencia a la autoridad.

Estos mandatos son instrumentos análogos a los previstos en el artículo 727.7 LEC⁴⁰⁹, que regula las medidas cautelares de contenido negativo, “las cuales se tratan de medidas autosatisfactivas que no resisten dilación alguna en su reconocimiento y restablecimiento”⁴¹⁰. Por ello, el órgano jurisdiccional habrá de ser muy cuidadoso a la hora de admitir este tipo de mandatos a fin de no desbordar el verdadero fin de las medidas de aseguramiento.

Estos mandatos pueden considerarse *per se* como un tipo más de medidas de aseguramiento y podrán ser muy efectivos en aquellos casos en los que se pretenda la conservación de un bien mueble o inmueble o de una determinada situación por la facilidad de comprobar su cumplimiento en cualquier momento (*v.gr.* prohibición de modificar el estado de una vivienda o local o la proscripción de mover unos mojones que delimitan varias fincas.)

⁴⁰⁹Artículo 727.7 LEC “La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.”

⁴¹⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Coord.) *Comentarios...* Op. Cit. Pág. 659.

Sin embargo, estos mandatos serán poco útiles en aquellos casos en los que se pretenda dejar constancia fehaciente de un bien o de una situación. Para estos casos, consideramos mucho más acertado recurrir a las medidas de aseguramiento descritas en el epígrafe anterior que permiten actuar sobre la fuente probatoria de forma directa y en algunos casos sin conocimiento del sujeto que debe soportar la medida.

Con todo ello consideramos que el ámbito de aplicación de los mandatos quedaría circunscrito a aquellas situaciones en las que el juzgado decida que la conservación de una cosa o de una situación sea efectuada bien por el demandante, el demandado o futuro demandado, bien por el poseedor de una determinada cosa.

En otro caso, consideramos que no tendría mucho sentido recurrir a los mandatos. Si como hemos detallado en los párrafos precedentes el juez o tribunal decide adoptar medidas asegurativas conservativas como el depósito judicial, el secuestro o el precinto de bienes inmuebles, o existe la posibilidad de acceder de forma directa a las fuentes probatorias para comprobar su realidad mediante la ejecución de medidas asegurativas de constatación, los mandatos carecen de todo su sentido.

Para que estos mandatos sean efectivos, la ley dispone que los órganos jurisdiccionales podrán apereibir a los destinatarios finales de aquéllos de la posibilidad de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad.

Esta solución no nos parece acorde con el fin pretendido por el aseguramiento probatorio por dos motivos. El primero, porque en la realidad española actual, los apercibimientos judiciales mueven muy poco el espíritu de los justiciables que ya conocen la lentitud de la justicia y no producen el efecto pretendido.

El segundo reproche se fundamenta en la constante jurisprudencia penal que ha establecido de forma muy clara que el elemento objetivo o tipo del delito de desobediencia comprende una actitud decididamente rebelde que así debe ser expresada por aquella persona que debe cumplir la resolución judicial⁴¹¹.

⁴¹¹ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) *Código Penal. concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley Madrid, 2011, pág. 1704. “Por consiguiente, el delito de desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes consta de los siguientes elementos: a) una orden emanada de la Autoridad o sus agentes, en el ejercicio de las funciones de su cargo, comprensiva de un mandato legítimo que deriva de sus facultades regladas o atribuciones competenciales, sin extralimitaciones ni excesos; b) que la orden sea expresa, concreta, terminante y clara de hacer o no hacer una específica conducta que se ha de acatar sin disculpas; c) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido, sin que sea preciso que conlleve el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia caso de incumplimiento; d) la conducta omisiva de dicho destinatario, que desatiende y no cumple la orden; y e) la desobediencia ha de ser grave, al objeto de delimitar este delito de la falta del art. 634, al no haber una diferencia ontológica entre ambas clases de infracciones, sino meramente cualitativa (5 de julio de 1989 [LA LEY 124038-NS/0000], 578/1993, de 16 de marzo [LA LEY 3106-5/1993], 821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003], 1615/2003, de 1 de diciembre [LA LEY 198759/2003], 1219/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 252/2005], 285/2007, de 23 de marzo [LA LEY 11519/2007], y 394/2007, de 4 de mayo [LA LEY 23149/2007]). Debe ser una negativa manifiesta, tenaz, persistente, contumaz, franca y terminante, de la que se infiera la voluntad de no cumplir, excluyéndose por tanto el incumplimiento debido a la negligencia u olvido.”

Estos estrictos requisitos jurisprudenciales pueden perjudicar el buen fin de los mandatos por la dificultad que entraña acreditar la verdadera intención de la persona que debe cumplir el mandato.

No debemos obviar que entre las sentencias que interpretan este tipo de delito se destaca que el mero incumplimiento, la negligencia o el olvido no pueden ser incluidos en el tipo objetivo de la desobediencia, lo que da una idea de lo limitado que resulta el ámbito objetivo del delito de desobediencia⁴¹².

Así las cosas, de *lege ferenda* consideramos que para este tipo delictivo en general y para el aseguramiento en particular, sería deseable eliminar el apercibimiento y decretar la imputación directa del delito de desobediencia en todos aquellos casos en los que se constate el efectivo incumplimiento de las resoluciones o mandatos judiciales.

Igualmente, hubiera sido deseable que la ley hubiera previsto, en aquellos casos en los que se hubiera constatado el incumplimiento de los mandatos judiciales, además de la posible imputación del delito de desobediencia al demandante, demandado o futuro demandado, o poseedor rebelde, la posibilidad de sustituir de forma inmediata a estas personas incumplidoras por un tercero.

⁴¹²GIL VALLEJO, B. Op. Cit. Pág. 114. “Aunque en nuestra opinión también estas medidas pueden resultar de gran utilidad, sin embargo en la práctica seguramente aunque se estime la necesidad de adoptarlas, intuimos que en un elevado número de casos lo más probable es que el órgano jurisdiccional las deniegue, debido a la problemática que suscitan este tipo de requerimientos o más exactamente, las consecuencias del incumplimiento de los requerimientos que debiera dar lugar a la apertura de diligencias en la vía penal”

5. Prelación de las medidas asegurativas generales

Una vez analizadas las posibilidades asegurativas generales y sus posibles cauces de ejecución, queremos llamar la atención al lector acerca de la necesidad de estudiar cada caso concreto a fin de determinar y solicitar la medida que mejor se adapte a cada situación.

Pese a la variedad de medidas que la ley ofrece, no debe obviarse que la adopción de cualquiera de estas medidas deberá realizarse siempre teniendo en cuenta los parámetros legales determinados para la adopción de cualquier medida de aseguramiento, a saber: conducencia, brevedad de la ejecución y menor onerosidad.

Teniendo en cuenta estos parámetros resulta lógico pensar que si hubiera que establecer una posible prelación de medidas de aseguramiento, los mandatos de hacer o no hacer serían la primera opción por el escaso su impacto económico que tendrían sobre el sujeto pasivo y por su facilidad de ejecución. En este apartado podría incluirse la orden de conservar y mantener, o de abstenerse de remover, alterar o destruir a que se refirió MUÑOZ SABATÉ⁴¹³.

En un segundo peldaño situaríamos la constatación de las cosas o situaciones y sus características, puesto que

- i) su ejecución en el tiempo será siempre menor que para la conservación,
- ii) no implica la desposesión del bien o la paralización de la actividad comercial,

⁴¹³MUÑOZ SABATÉ, L. *Fundamentos...*Op. Cit. Pág. 221.

iii) en la práctica totalidad de los casos, el coste de la constatación será inferior al de la conservación.

Ejemplos de ello serían, según DORADO PICÓN, la constatación fehaciente por medios documentales o técnicos, o la exhibición y entrega a la comisión judicial de varios discos duros de los ordenadores en los que se encuentran almacenados.

Por último, la conservación quedaría relegada a la última posición por su impacto económico y su necesidad de perdurar en el tiempo. Ésta medida asegurativa tendría sentido en aquellos supuestos en los que el efectivo aseguramiento de una cosa pasara por el mantenimiento de cosas muy delicadas de las cuales sólo podrían ocuparse ciertas empresas o terceros especializados, o en aquellos otros casos en los que se constatará la voluntad deliberadamente rebelde del sujeto pasivo del aseguramiento de cumplir con los mandatos judiciales.

En este último grupo podrían incluirse las propuestas efectuadas por GARBERÍ LLOBREGAT y BUTRÓN RAMÍREZ: puesta bajo custodia de un tercero un determinado objeto sobre el que practicar una prueba pericial, objeto cuya destrucción se teme si sigue en manos de quien lo posea en ese momento; o el depósito en un establecimiento adecuado de aquellos objetos necesitados de cuidados o medidas especiales para mantener su integridad.

Lo afirmado anteriormente no debe conducir a entender que la elección de una medida asegurativa determinada debe conllevar a la imposibilidad de ejecutar otra distinta.

En realidad, en nuestra opinión, las medidas asegurativas son complementarias y consideramos que sería posible realizar una petición “en cadena” solicitando, por ejemplo, un mandato de no hacer consistente en la no alteración de un bien al efecto de dejar constancia del mismo por medios videográficos y seguidamente solicitar la designación de un depositario.

6. Medidas asegurativas especiales

6.1. Introducción

El apartado primero *in fine* de la Exposición de Motivos de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, reza:

La efectividad de la tutela jurisdiccional de estos derechos ha de redundar tanto en la promoción de la innovación y la competitividad de las empresas como en el desarrollo cultural europeo. Deben tenerse en cuenta también sus repercusiones en ámbitos tan diversos como el empleo, la estabilidad de los mercados o la protección de los consumidores. La Directiva [Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004], relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual valora también aquella tutela jurisdiccional como una forma de impedir pérdidas fiscales o de garantizar, en último término, el orden público.

Se establecen así, en la Directiva, las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar, frente a cualesquiera infracciones, la tutela efectiva de los derechos de propiedad intelectual, tal y como estén previstos en el Derecho comunitario o en el Derecho nacional del Estado miembro correspondiente.

En definitiva, el objetivo primordial de la ley es la protección de la propiedad industrial e intelectual por la importancia que tiene en la economía comunitaria. De esta manera son objeto de protección, por un lado, las creaciones relacionadas con la industria como son las patentes, los modelos de utilidad, los signos distintivos y los diseños y, por otro, los derechos de propiedad intelectual que comprenden fundamentalmente los derechos de autor.

Para la consecución de los objetivos indicados en la Exposición de Motivos, la ley permite la adopción de todo tipo de medidas civiles y penales. En particular, en el ámbito civil la ley faculta a los propietarios de los antedichos derechos para solicitar medidas cautelares, diligencias preliminares y, sobre todo, medidas probatorias asegurativas tan importantes y tan extensas como las que se describen en el párrafo segundo, apartado segundo, del artículo 297 LEC.

En concreto, dicho precepto dispone:

*... tales medidas podrán consistir **en especial** en la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas.*

A nadie se le escapa que la adopción de estas medidas asegurativas, además de poder requerir la restricción de derechos fundamentales, puede llegar a provocar la paralización o incluso el cierre de la actividad productiva de una entidad mercantil generando enormes pérdidas a quien haya de soportarlas por la afección que pueden sufrir sus medios de producción⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2ª, de 10 junio de 2005. JUR 2006\17035 “Sigue cuestionando la demandada que el precinto de la empresa "Gráficas Milano, S.L." haya sido la causa del cierre tal y como establece el Juez de Instancia, considerando esta Sala acertada la conclusión afirmativa del Juez ya que es evidente que de la documental e informe emitidos la empresa contra la que se acordó la medida cautelar del precinto se vio abocada al cierre de la misma sin que se hayan encontrado otras causas que pudieran llevar a dicho cierre dado el resultado positivo que había tenido en el balance del año 1989, inmediato al cierre. Ese cierre tiene su sentido ante la situación inicial del negocio, con grandes gastos de inversión realizados que habían motivado la petición de créditos que debían ser satisfechos a corto plazo, y ante el inesperado cese indefinido de su actividad a instancias de "Naipes Heraclio Fournier, S.A." por una pretendida competencia desleal que finalmente fue rechazada; ello es así por cuanto no se puede presumir que un negocio en su estado inicial tenga la posibilidad de hacer frente a la inversión previa realizada sin poder realizar su actividad y poder vender sus productos, y ello sin saber el tiempo que iba a durar el precinto acordado judicialmente pues los tres meses que duró (julio a octubre) fueron los decisivos para perder tanto las ventas temporales de las estampillas para las etiquetas destinadas a las cajas de fruta que se recolectan en el verano, como las ventas de los cromos infantiles que se iban a vender en el mes de septiembre, al inicio del curso escolar; así mismo debe tenerse en cuenta también la pérdida de la confianza en la clientela posible ante el conocimiento de que el Juzgado había precintado la maquinaria con la que desarrollaba su actividad principal y que la ahora actora intentaba reanudar conforme se deduce de las reiteradas peticiones de levantamiento del precinto que se veían obstaculizadas por la pertinaz negativa de la conocida empresa de naipes; finalmente también debe tenerse en cuenta que los trabajadores se marcharon de la empresa ante la imposibilidad de trabajar y conseguir ingresos, con lo que aumentaba la dificultad en encontrar los técnicos adecuados que permitieran reflotar la empresa.”

Será, por tanto, labor de los tribunales analizar detenidamente el alcance de cada medida a fin de impedir que esta vía no sea utilizada por posibles competidores para restringir o alterar la actividad de quien deba soportarla, o para obtener información sensible de un tercero dedicado a la misma actividad.

En este punto, nos parece reprobable que la ley no imponga un deber de confidencialidad respecto de la información adquirida a través de las medidas de aseguramiento igual al dispuesto en el artículo 122 LP⁴¹⁵.

En nuestra opinión, esta falta de previsión de este deber de confidencialidad se corresponde con una deficiente técnica legislativa y por la falta del debido análisis por parte del legislador del alcance que puede tener una medida de aseguramiento en el campo de la propiedad intelectual e industrial.

La herramienta fundamental para evitar actuaciones desmedidas habrá de ser la interdicción del abuso de derecho y en la aplicación de las sanciones establecidas por la vulneración del principio de buena fe procesal, así como la caución que de *lege ferenda* debería exigirse en todo caso.

La especialidad de estas medidas radica en su ámbito material que, a nuestro entender, se circunscribe al ámbito propio de la propiedad intelectual o industrial.

⁴¹⁵ Artículo 122 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

Con esta afirmación no se niega la posibilidad de que en este particular ámbito puedan adoptarse otras medidas asegurativas diferentes a las señaladas en el párrafo segundo del artículo 297.2 LEC que se consideren menos gravosas e igualmente conducentes al fin pretendido.

La ley no establece un procedimiento especial para la adopción de estas medidas pero añade un requisito adicional que debe concurrir junto con las exigencias determinadas en el artículo 298.1 LEC.

Este requisito “es la aportación de un principio de prueba por parte del solicitante de las medidas de la existencia de una infracción de sus derechos intelectuales o industriales”⁴¹⁶.

Las medidas especiales recogidas en el párrafo segundo del artículo 297.2 LEC, son las siguientes:

⁴¹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a, de 3 diciembre de 2010. JUR 2011\9554 “Además, por imperativo del párrafo segundo del artículo 297.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los supuestos de infracción de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, se requiere que el solicitante de las medidas haya presentado aquellas pruebas de la infracción que se estimen razonablemente disponibles, aunque, como indicamos en el auto de 5 de junio de 2008 , no sea necesaria "una prueba exhaustiva de la infracción de sus derechos, pues la vocación de ésta es su incorporación en la fase correspondiente del proceso principal. Ahora bien, sí debe presentarse al órgano judicial justificación suficiente de los datos de hecho necesarios para que éste comprenda la naturaleza de la infracción que se quiere combatir, pueda alcanzar la convicción objetiva de la realidad de la misma y comprenda la trascendencia de la fuente de prueba que se pretende preservar para que pueda ser luego practicada en el seno del proceso" Vid. MAGRO SERVET, V. *Tratado Práctico de Propiedad Intelectual*, El Derecho, Madrid, 2010, pág. 378. “Para la adopción de esta medida de aseguramiento de la prueba la infracción del derecho de propiedad o industrial en cuestión no debe ser cualificada, esto es, no es preciso que se haya cometido mediante actos desarrollados a escala comercial.”

- i) Descripción detallada, con o sin toma de muestras de las mercancías y objetos litigiosos.
- ii) la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos.
- iii) la incautación de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas.

Si analizamos detenidamente cada una de las medidas especiales referidas comprobamos que en realidad se trata de medidas idénticas a la generales pero con diferente denominación.

En efecto, la descripción de toma de muestras es perfectamente identificable con la constatación fehaciente de la realidad de la cosa y sus características y la incautación no deja de ser una medida muy similar al depósito judicial o secuestro ya comentado.

Lo que realmente diferencia a unas medidas de otras es el impacto que pueden suponer en el ámbito económico del sujeto pasivo del aseguramiento, porque puede provocar la incautación de maquinaria necesaria para la ejecución de bienes de consumo o de los bienes finales fabricados por una empresa que están destinados a su venta al público a cambio de un precio, es decir, que repercuten sobre la actividad económica de las empresas.

6.2. Descripción detallada, con o sin toma de muestras, de las mercancías y objetos litigiosos

La “descripción detallada con o sin toma de muestras, de las mercancías y objetos litigiosos” es la medida menos restrictiva de cuantas se relacionan en el citado artículo, porque no supone una actuación directa sobre los bienes o el proceso productivo ni pretende la incautación de la mercancía de quien haya de soportar la medida.

Esta medida tiene un fin coincidente con la medida general recogida en el primer párrafo del artículo 297 LEC que no es otro que constatar el estado de ciertos bienes, si bien, en este particular caso, la investigación a ejecutar es más minuciosa pues tiene como fin comprobar que en su fabricación no se ha violado una determinada patente o un modelo de producción.

Para la correcta ejecución de esta medida conservativa podríamos acudir a las normas relativas a la exhibición de bienes regulada en sede de diligencias preliminares seguida de una petición de depósito ya comentada. Igualmente, sería posible acudir a la formalización de inventario que debería realizarse en la forma en la que el tribunal disponga.

6.3. Incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos

La “incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos” pretende la retención de determinados bienes y productos antes de que lleguen al mercado, a fin de comprobar que en su elaboración no se han utilizado patentes, procesos productivos o marcas que se encuentran debidamente protegidas e inscritas en sus respectivos registros.

Tras la incautación de la mercancía que presuntamente se ha fabricado utilizando procesos protegidos o utilizando fraudulentamente marcas de terceros se procederá a su depósito para que esté disponible para su verificación por un perito o por el órgano jurisdiccional.

6.4. Incautación de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas

Esta tercera medida, recogida en el artículo 297.2 LEC *in fine*, se dirige a investigar la posible vulneración de los propios procesos de producción, con lo que se pretende analizar la posible infracción del método de creación de los productos.

Esta medida pretende permitir, en el momento procesal oportuno, el debido examen por un perito o por el órgano judicial, de los procesos de fabricación de productos bien mediante el precintado de la maquinaria que se utiliza para fabricar los bienes de consumo, bien mediante el secuestro de los modelos de producción.

7. Prelación de las medidas de aseguramiento especiales

Teniendo en consideración cuanto hemos expuesto en el epígrafe quinto anterior, entendemos que las medidas asegurativas especiales deberían ser solicitadas en el mismo orden que establece la propia la ley.

En efecto, la lista legal de este tipo de medidas está ordenada, intencionalmente o no, teniendo en cuenta los parámetros legales de conducencia, rapidez de ejecución y menor onerosidad.

Por tanto, si es posible adoptar la medida asegurativa descrita en el epígrafe 6.2 no habrán de solicitarse ninguna de las otras dos medidas. De igual manera no sería adecuado solicitar la medida explicada en el epígrafe inmediatamente anterior si resultara conducente la mencionada en el epígrafe 6.3.

8. Medidas asegurativas y la restricción de derechos fundamentales

Muchas de las medidas asegurativas indicadas en los epígrafes anteriores conllevan, o pueden suponer, la afección de derechos fundamentales.

Obsérvese que la jurisprudencia aludida en el epígrafe 3.2 precedente ha permitido la adopción de medidas de aseguramiento restrictivas de derechos fundamentales tales como examen de la correspondencia o las comunicaciones, así como la entrada y el registro de empresas, al efecto de comprobar el contenido de ciertos mensajes electrónicos o de revisar equipos informáticos afectando así los derechos constitucionales previstos en el artículo 18 CE.

Sin embargo, la ley no ha previsto en sede de medidas de aseguramiento ningún cauce particular ni ha determinado los requisitos que deben concurrir para proceder en estos casos en los

que se decreta el aseguramiento de una fuente probatoria debiendo afectarse derechos fundamentales⁴¹⁷.

Por lo que respecta a los requisitos, consideramos que la afectación por parte de un órgano jurisdiccional de un derecho fundamental de un particular o de una empresa debe venir precedida de la emisión de una resolución judicial que debe adoptar la forma de auto, el cual debe estar debidamente motivado.

Por tanto, la obstaculización o la negativa del sujeto pasivo a permitir la ejecución de la medida asegurativa aprobada por el órgano jurisdiccional podrá ser vencida por medio de auto motivado declarando la entrada y el registro domiciliario o examen de la correspondencia o las comunicaciones.

Somos conscientes de que no existe una norma legal expresa que permita este tipo de actuaciones restrictivas de derechos fundamentales tal y como acontece con el artículo 261.5 LEC, en sede de diligencias preliminares.

De hecho, la única sanción que establece la ley en sede de aseguramiento probatorio frente posibles obstrucciones del sujeto pasivo es la posible imputación de un delito de desobediencia a la autoridad⁴¹⁸.

Sin embargo, no consideramos que éste sea un obstáculo insalvable. En este sentido, debemos recordar que la potestad jurisdiccional a

⁴¹⁷MAGRO SERVET, V. Op. Cit. Pág. 297. “Se puede aplicar por analogía lo establecido en la LECr para la entrada y registro pero no su literalidad, sino todo aquello que sirva para la mejor práctica de las diligencias acordadas, debiendo estarse al caso concreto.”

⁴¹⁸RUIZ DE LA FUENTE, M.C. *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011, pág. 319.

que se refiere el artículo 117 CE se compone de dos facultades diferenciadas pero igualmente importantes, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El órgano jurisdiccional no estaría cumpliendo debidamente su cometido si se limitara, en nuestro particular caso, a resolver sobre la posible adopción de una medida de aseguramiento sin poder asegurar su posterior efectividad.

A mayor abundamiento, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la ejecución ordinaria donde el ejecutante siempre está asegurado ante la pérdida de la cosa mediante la posible obtención del valor dinerario del bien desaparecido o destruido, en el ámbito asegurativo probatorio la pérdida, sustracción o destrucción de la fuente probatoria, puede dar lugar a la imposibilidad de sostener una acción, o en el caso del demandado una resistencia, con la correlativa pérdida del derecho del interesado y con las consecuencias negativas que todo ello le acarrearía.

Siguiendo a BANACLOCHE PALAO consideramos que la omisión de un artículo expreso en sede del aseguramiento de la prueba que permita actuaciones como las descritas en los párrafos precedentes, no debe considerarse como un óbice suficiente para aceptar tal solución.

Dicho autor afirma al tratar el artículo 261.5 LEC que “realmente no parece necesario que exista una disposición específica para esta diligencia preliminar porque ante la negativa de cualquier persona a entregar los documentos, no parece que quepa otra alternativa que obtenerlos coactivamente” y añade “tampoco nos parece que resulte

necesario aclarar que en este caso cabe exigir responsabilidad penal a quien rehúsa obedecer una orden judicial, porque tal consecuencia es común a todos los casos de desobediencia⁴¹⁹.”

Estas afirmaciones son perfectamente extrapolables al aseguramiento de la prueba. En este supuesto existe una decisión judicial que se emite tras una petición de parte y una valoración judicial a la que sigue una negativa o la inactividad de una persona que debe ser vencida conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes.

En consonancia con lo anterior y ante la laguna legal existente, consideramos que podrían trasladarse al ámbito asegurativo probatorio soluciones legales ya previstas como las contenidas en los artículos 701 LEC o 728.1 LEC, o incluso, la prevista en el artículo 354 LEC relativa al reconocimiento judicial.

El contenido del artículo 701 LEC, referido a la entrega de cosas muebles determinadas, recoge expresamente la posibilidad de que el órgano jurisdiccional adopte cuantas medidas sean precisas para poner en posesión al ejecutante de una cosa “empleando para ello los apremios que crea precisos... pudiéndose auxiliar de la fuerza pública, si fuere preciso.”

En igual sentido, el artículo 738.1 LEC, en sede de medidas cautelares dispone que “adoptada la medida cautelar y prestada la caución, se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias.”

⁴¹⁹BANACLOCHE PALAO, J. Op. Cit. Pág. 208. “Incluso esta mención específica puede resultar perturbadora, porque podría dar a entender -lo que NO nos parece correcto- que tal responsabilidad penal sólo puede reclamarse en este último caso, y no en los demás, al no señalarse en ellos nada sobre la posible comisión de un hecho delictivo”

Por su parte, el artículo 354 LEC, referido a la realización del reconocimiento judicial, legisla expresamente la posibilidad de “ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o persona que se deba reconocer.”

Por último, y aunque resulte obvio debemos recordar que la jurisprudencia a la que hemos aludido en el epígrafe 3.2 anterior ha adoptado este tipo de medidas para la consecución del fin asegurativo probatorio.

De todas ellos traemos a colación el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 30 mayo 2005, AC 2005\906, que es la única resolución que analiza la cuestión abordada acudiendo a la técnica de la ponderación de los derechos constitucionales. En concreto, este Auto dictamina que el derecho a la tutela judicial efectiva puede llegar a ser un bien superior a la inviolabilidad del domicilio⁴²⁰:

“Como ha establecido el Tribunal Constitucional, el derecho a la inviolabilidad del domicilio sólo puede ceder ante otro, en este caso el derecho a la tutela judicial efectiva, del que es manifestación la facultad de obtener pruebas que justifiquen las tesis de quien litiga, ponderando los valores en conflicto (SSTC 22/1984 [RTC 1984, 22]

⁴²⁰ATIENZA LÓPEZ, J.I. Disponible en: <http://m.informativojuridico.com>. “Enunciada la obligatoriedad de la ejecución de lo juzgado como parte esencial de la función jurisdiccional, se hace preciso detallar que la existencia de derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio u otros lugares cerrados, (cuya interpretación y contenido no pueden entenderse de modo absoluto e ilimitado en relación con los restantes derechos también fundamentales), no se pueden erigir en obstáculos impeditivos de la ejecutoriedad de las sentencias o cualesquiera otras decisiones judiciales.”

, 60/1991 [RTC 1991, 60] , 50/1995 [RTC 1995, 50] , o 69/1999 [RTC 1999, 69] , entre otras).

Así pues, además del derecho a preservar el propio domicilio, aunque sea el de una empresa, de forma que no pueda accederse al mismo sin consentimiento de su titular, ahora nos encontramos con el derecho del promotor de estas medidas de aseguramiento de prueba, a que aquélla se efectúe. El TC ha dicho que «la garantía del art. 24.2, del derecho a defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y al haber sido constitucionalizado impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ella, de suerte que deban los Tribunales de justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo» (STC 30/1986 [RTC 1986, 30]).

Los tribunales deben cuidar de que los medios de prueba que sean pertinentes y útiles, puedan realizarse efectivamente, pues lo contrario supone vulneración del derecho a la tutela judicial. Esto mismo ha recogido la STS (Sala 1ª) de 18 de julio de 1991 (RJ 1991, 5396), de forma que existe un mandato constitucional dirigido a los órganos jurisdiccionales, que con los controles de legalidad pertinentes (que la prueba no sea ilícita, que sea pertinente...), debe admitir aquellos medios de prueba conducentes para una determinada finalidad procesal, como la demostración de un hecho relevante para la pretensión.”

En definitiva, esta resolución judicial nos recuerda, siguiendo la jurisprudencia de Tribunal Constitucional, que los derechos fundamentales no son absolutos⁴²¹ o ilimitados.

Cada uno está sometido a límites particulares, “que derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales entre sí o con otros bienes constitucionales y que no están previstos de manera expresa en el texto constitucional”⁴²². En definitiva, se tratan de límites “impuestos por la necesidad de proteger o preservar otros bienes o derechos constitucionales.”⁴²³

Para superar esta situación conflictual entre los distintos derechos es necesario acudir a la técnica de la ponderación con el propósito de “evaluar las razones a favor de un valor y otro, a fin de hallar el punto

⁴²¹IGLESIAS BÁREZ, M. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, pág. 151. “Existe una clasificación tradicional de los límites de los derechos fundamentales: Límites internos: son aquellos que sirven para determinar y definir el contenido mismo del derecho, por lo que resultan intrínsecos a su propia definición. En realidad lo que hacen es delimitar el contorno del derecho. Límites externos: se imponen por el ordenamiento al ejercicio legítimo y ordinario de los derechos ya delimitados. Pueden ser: - Límites expresos: son reconocidos como tales por la Constitución, bien de forma general como el que aparece en el art. 10.1 CE (el ejercicio de los derechos de los demás) o bien de manera concreta al regular de forma específica los derechos (el orden público en las libertades ideológica y religiosa del art. 16 CE; los derechos al honor, intimidad y propia imagen y protección de la infancia y juventud en los derechos de la libertad de expresión e información del art. 20 CE...). - Límites implícitos: se deducen de la propia lógica del ejercicio de derechos y del ordenamiento. En este supuesto hay que ser sumamente cauteloso y no es posible invocar cualquier límite, así que el TC ha determinado que los límites implícitos a los derechos han de basarse en bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 22/1984 y 120/1990).”

⁴²²*Ibidem*. Pág. 303. “Los únicos límites hoy válidos para limitar los derechos fundamentales son los que tengan su fuente en la Constitución y resulten bien de sus disposiciones expresas, bien de una interpretación conjunta de sus preceptos.”

⁴²³FERNÁNDEZ NIETO, J. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Dykinson, Madrid, 2009, pág. 39.

de equilibrio entre ambos, que resulte más apropiado para el caso concreto” ⁴²⁴ eliminando así cualquier posibilidad de que se desconozcan o sacrifiquen derechos sin justificación alguna.

A la luz de lo expuesto, parece claro que la falta de cooperación o la negativa del sujeto pasivo a colaborar en la ejecución de la medida de aseguramiento acordada tras la tramitación del correspondiente procedimiento asegurativo puede vencerse mediante una decisión judicial emitida en forma de auto, siempre y cuando la misma se encuentre suficientemente motivada.

⁴²⁴DÍEZ-PICAZO, L. *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-civitas, Madrid, 2003, pág. 47.

CAPÍTULO OCTAVO. LA PRUEBA ANTICIPADA Y EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA EN LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL O MERCANTIL

1. La importancia del derecho a la prueba en el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia civil o mercantil

La inclusión de la obtención de la prueba en el extranjero en prácticamente todos los Convenios y Reglamentos reguladores de la cooperación jurídica internacional, es consecuencia de la gran importancia que desde siempre se ha otorgado a esta figura en todos los grandes textos legales internacionales desde la finalización de la II Guerra Mundial. Así el Derecho a la prueba está reconocido, dentro del derecho a un juicio justo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o, en fin, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴²⁵.

⁴²⁵Artículo 11 DUDDHH “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

Artículo 6 CPDH. “3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.”

Artículo 8 CADDHH “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena

Esta importancia ha tenido su reflejo en la mayoría de los textos constitucionales nacionales⁴²⁶, dándose la circunstancia de que nuestra Constitución eleva al derecho a la prueba al más alto rango de derechos fundamentales, tal y como hemos tenido la oportunidad de comprobar en el capítulo primero.

2. Textos legales internacionales referidos a la obtención de la prueba en el extranjero

En el presente epígrafe analizaremos las fuentes legales vigentes que regulan la obtención transnacional de pruebas. No nos referiremos a la evolución histórica de estos textos legales, sino que centraremos nuestro estudio en la redacción actual de los mismos. En concreto, estudiaremos el procedimiento determinado en estos textos para la obtención de pruebas en el extranjero, para seguidamente concretar si éstos permiten solicitar diligencias de anticipación o de aseguramiento de la prueba.

igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

⁴²⁶ORTELLS RAMOS, M. *“Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”*. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n1/art13.pdf>. “Junto con lo relativo a la configuración de la jurisdicción -contenido fácilmente explicable en una Constitución, en cuanto es un tema propio de la estructura estatal-, la constitucionalización de los principios básicos del proceso ha tenido mayor tradición en lo que se refiere al proceso penal, dado que en el mismo son más inmediatamente patentes los elementos políticos e ideológicos y también por el especial valor de los derechos de la persona que pueden ser afectados por ese proceso, reconocidos y protegidos ellos mismos por la norma constitucional. Con posterioridad, la constitucionalización se ha extendido a las garantías procesales en general, más allá de las que sólo rigen en el proceso penal.”

2.1. Convenio de la Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial

El Convenio de la Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (en adelante, el Convenio) perseguía esencialmente tres objetivos: “por un lado, perfeccionar el sistema vigente de comisiones rogatorias; en segundo lugar, mejorar las posibilidades de obtención de prueba mediante el refuerzo de los poderes de los cónsules y la introducción de la figura del comisario y, por último, el Convenio pretendía salvaguardar las prácticas más favorables y menos restrictivas resultantes del derecho interno, de las normas internas de procedimiento y de convenciones bilaterales o multilaterales”⁴²⁷.

El ámbito de aplicación del Convenio se circunscribe a materias civiles y mercantiles, si bien es necesario precisar que esta limitación en cuanto a la materia no impide la posible actuación de órganos judiciales pertenecientes a órdenes jurisdiccionales ajenos al ámbito civil. Así sería posible, por tanto, que un juzgado de lo penal solicitara, al abrigo de las normas del Convenio, la ejecución de una específica actuación procesal en otro Estado encaminada a esclarecer, por ejemplo, la responsabilidad civil derivada del delito enjuiciado.

Por lo que respecta a la obtención de pruebas, el Convenio determina en su artículo primero que “en materia civil o mercantil, la autoridad judicial de un Estado podrá... solicitar... la obtención de pruebas así como la realización de otras actuaciones judiciales”.

⁴²⁷VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa*, Colex, Madrid, 2005, pág. 32.

Por su parte, el apartado segundo de dicho artículo determina “que no se empleará una carta rogatoria para obtener pruebas que no estén destinadas a utilizarse en un procedimiento ya incoado o futuro.”

Por tanto, parece claro que existe la posibilidad de solicitar la ejecución de medios de prueba por tribunales distintos de aquél que está conociendo el fondo del asunto y que, además, es posible solicitar una diligencia de prueba anticipada ya sea con el proceso iniciado ya sea cuando exista previsión de su inicio, si bien con las particularidades que apuntaremos más adelante.

Sin embargo, esta claridad se difumina respecto del aseguramiento de la prueba, como tendremos oportunidad de valorar y comprobar en el epígrafe 3.2 siguiente.

El vehículo normal por medio del cual se solicitará la obtención de pruebas en el extranjero es la comisión rogatoria que deberá ser enviada a la autoridad central del país requerido al efecto de que se encargue de su entrega al órgano interno competente, quedando abierta la posibilidad de que cualquiera de los Estados contratantes regule la posibilidad de remitir las comisiones rogatorias a las autoridades judiciales por vías distintas y más rápidas a las señaladas en el artículo 2 del Convenio⁴²⁸.

Otra alternativa de comunicación prevista en el Convenio, sin duda subsidiaria, es la transmisión de las comisiones rogatorias a través de los agentes consulares o diplomáticos.

⁴²⁸Artículo 27 CH.

No existe una forma concreta en que deba redactarse la comisión rogatoria, si bien los Estados han tendido a la utilización de modelos no vinculantes. Por lo que respecta a su contenido, el Convenio determina sus mínimos en su artículo 3, indicando que la solicitud deberá estar redactada en el idioma del Estado requerido o ir acompañada de la correspondiente traducción jurada.

El procedimiento se regula en los Capítulos I y II del Convenio que recoge dos modalidades de cooperación internacional, la ejercitada por el propio Estado requerido y la efectuada por el Estado requirente.

En la cooperación ejecutada por el país requerido se aplicarán los medios de compulsión apropiados previstos en su ley interna para la consecución de los medios de prueba. Esta ejecución se realizará en presencia de las partes o sus representantes cuando así se solicitare y de acuerdo

- i) con las normas internas previstas para la práctica de la prueba,
o
- ii) con el procedimiento especial solicitado por el país requirente, si este no fuera incompatible o imposible de acuerdo a las leyes del país requerido.

La cooperación efectuada por el propio Estado requirente viene regulada en el Capítulo II del Convenio. Este tipo de cooperación permite a los funcionarios diplomáticos o consulares del Estado requirente actuar en el Estado requerido, precisando que:

- i) carecen de *imperium* y, por tanto, no pueden compeler u obligar, ni siquiera a sus nacionales, para que colaboren en la obtención de la prueba,
- ii) necesitan, salvo declaración en contra en el Convenio, la autorización de la autoridad competente para proceder a obtener pruebas relativas a los nacionales del Estado requerido o de terceros Estados en los términos previstos en el artículo 21 del Convenio, y
- iii) sólo podrán realizar este tipo de actuaciones cuando se refieran a un proceso ya iniciado.

2.2. Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias

La Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (en adelante, la Convención), de la que es parte España desde el año 1987, tiene una finalidad y estructura muy similar al Convenio.

Su ámbito de aplicación coincide plenamente con el del Convenio y se circunscribe al ámbito civil o comercial, si bien el artículo 16 determina la posibilidad de que la Convención se amplíe en el futuro a “materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u materias objeto de jurisdicción especial”.

El objeto de la Convención es la realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero así como la recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.

Las comisiones rogatorias o exhortos se remitirán a través de las autoridades centrales y deberán contener los requisitos esenciales expuestos en el artículo 8 de la Convención. Por tanto, las comisiones tendrán que ir acompañadas de una copia autenticada de la demanda y de los escritos o de las resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada. Igualmente la demanda deberá ir acompañada de una información escrita determinando el órgano jurisdiccional requirente, los términos de que dispusiere la persona afectada para actuar y las advertencias sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad o su falta de colaboración.

La ejecución de la diligencia probatoria se realizará conforme a las normas del Estado requerido, salvo que dicho Estado admita la práctica de tal diligencia conforme al procedimiento especial solicitado por el Estado requirente.

La Convención faculta a los funcionarios consulares o diplomáticos, sin necesidad de una previa autorización, para ejecutar las diligencias procesales previstas siempre y cuando no sea necesaria la coerción para la consecución de las citadas diligencias.

Entendemos, por el contenido literal del artículo 2 - referido al objeto⁴²⁹-, en relación con el artículo 8 de la Convención -relativo a los documentos que deben acompañar al exhorto o comisión

⁴²⁹Artículo 2 CIECR: “La presente Convención se aplicará a los exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los órganos jurisdiccionales de uno de los Estados Partes en esta Convención, y que tengan por objeto: a.-La realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; b.-La recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.”

rogatoria⁴³⁰- que no es posible la anticipación probatoria con anterioridad al inicio del correspondiente proceso.

En concreto, el artículo 2 dispone que la Convención sólo podrá acudir a la aplicación de las normas de la convención en aquellos casos en los que se pretenda la recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto. Por su parte el artículo 8 legisla que entre los documentos que deben acompañar a la comisión rogatoria debe aportarse la información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos de que dispusiere la persona afectada para actuar, y las advertencias que le hiciera dicho órgano sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad.

Es claro que la conjunción de ambos artículos impide la posibilidad de admitir el aseguramiento de la prueba. En primer lugar, el artículo 2 determina que a través de las normas de la Convención se podrá solicitar la prueba anticipada, sin que se haga mención alguna al aseguramiento.

En segundo lugar, el artículo 8 se refiere expresamente a la “persona” por lo que cabe concluir que el legislador no pensaba en modo alguno

⁴³⁰ Artículo 8 CIECR: “Los exhortos o cartas rogatorias deberán ir acompañados de los documentos que se entregarán al citado, notificado o emplazado, y que serán: a.-Copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada; b.-Información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos de que dispusiere la persona afectada para actuar, y las advertencias que le hiciera dicho órgano sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad; c.- En su caso, información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente.”

en las medidas de aseguramiento que sólo pueden dirigirse sobre fuentes probatorias materiales.

2.3. Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil

La exposición de motivos (Considerandos) del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil (en adelante, el Reglamento), comienza advirtiendo que el funcionamiento del mercado interior debe conllevar la simplificación y la aceleración de la cooperación entre los órganos jurisdiccionales en el ámbito de la obtención de pruebas puesto que ello redundará en la mejora de la impartición de justicia. Esta afirmación demuestra la necesidad de la consecución de la justicia como un elemento esencial para el buen funcionamiento del mercado único así como para el mantenimiento de un espacio de libertad, seguridad y de justicia⁴³¹.

⁴³¹YBORRA BORES, A. “La práctica y prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español.” Disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1620>. “El Tratado de Ámsterdam firmado el 2 de octubre de 1997 supuso en su momento un firme paso de cara a la superación de las deficiencias que se venían observando en el desarrollo del ámbito de la cooperación judicial civil en el marco del Tratado de Maastricht de 1992, el cual había constituido el primer intento de crear estructuras legislativas a nivel comunitario materias relacionadas con justicia y asuntos de interior integrados el llamado Tercer Pilar. Efectivamente, con el tratado de Ámsterdam se avanzó una manera definitiva hacia la consecución del espacio de libertad, seguridad y de justicia pues se comunitarizó la materia de cooperación judicial civil pasando a integrarse en el Primer Pilar. A partir de entonces las decisiones que se adoptasen en este campo se articularían a través de instrumentos puramente comunitarios, en particular, mediante reglamentos.”

“No debemos olvidar que éste -el Reglamento- se elabora a partir del Convenio de la Haya de 1970”⁴³² pero trata de superarlo en cuanto a su técnica legislativa, en el número de adhesiones en el marco de la Unión Europea así como en la celeridad y en la simplificación de los trámites, apostando por la comunicación directa entre los órganos jurisdiccionales involucrados y por la utilización de formularios vinculantes.

Los principios informadores del Reglamento en opinión de JIMENO BULNES⁴³³ son la simplificación, la celeridad, la claridad, la seguridad jurídica, y finalmente, el respeto a los principios de contradicción y de defensa. Por su parte, YBARRA BORES⁴³⁴ añade la eficacia y el principio de inmediación. Por último, VILLAMARÍN LÓPEZ⁴³⁵ considera “que el Reglamento instauró un sistema que potencia la cooperación internacional así como la confianza mutua entre los diferentes Estados.”

En este sentido, se eliminan las instancias intermedias -la figura de las autoridades centrales es relegada a un plano residual cuyas funciones son meramente de coordinación-, se potencia el uso de los medios más rápidos para la remisión de las solicitudes de las actuaciones judiciales y se legisla un sistema de formularios que sustituye a las comisiones rogatorias, redundando todo ello en una mejora de la seguridad jurídica y en una mayor eficacia.

⁴³²ELVIRA BENAYAS, M. J. “Tratamiento de la aplicación facultativa del reglamento 1206/2001 sobre obtención de prueba en la UE.” Disponible en: e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/1822/862.

⁴³³ JIMENO BULNES, M. (Coord.). *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la unión europea: Instrumentos procesales*, Bosch, 2007, pág. 197.

⁴³⁴YBARRA BORES, A. Op. Cit. Pág. 251.

⁴³⁵VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. Op. Cit. Pág. 58.

La salvaguarda de la participación de las partes queda patente en los artículos 12 y 17 del Reglamento que permiten la presencia de las partes, del mandatario designado por el tribunal requirente o de las personas que componen el mismo sin mayores requisitos que la petición formal y la aceptación del Estado requerido.

El Reglamento “ha eliminado toda referencia al orden público y se han previsto muy escasos motivos que permitan denegar la ejecución de una diligencia”, circunscribiendo esta posibilidad únicamente “a aquellas situaciones estrictamente delimitadas”⁴³⁶, como puede suceder en aquellos casos en los que la práctica de la diligencia sea incompatible con el Derecho del Estado asistente o existan grandes dificultades de hecho para su ejecución.

El ámbito de aplicación del Reglamento se circunscribe a la obtención de pruebas respecto de procesos iniciados o se prevén iniciar cuyo objeto recaiga en materias civiles o mercantiles. La posible aplicación del Reglamento dependerá de la existencia de una actividad judicial derivada de un proceso en marcha o cuyo inicio se prevé y su objeto verse sobre materias civiles o mercantiles, por lo que lo que al igual que ocurre con el Convenio de la Haya de 1970 habrá que estar “a la naturaleza de la pretensión y no al carácter del órgano jurisdiccional ante el cual se tramita el procedimiento principal”⁴³⁷.

⁴³⁶VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. *Ibidem*.

⁴³⁷YBARRA BORES, A. Op. Cit. Pág. 251.

En relación con esta cuestión HERRERA PETRUS considera que para delimitar qué cuestiones son civiles o mercantiles habrá que estar a la jurisprudencia del TJCE interpretativa del Convenio de Bruselas de 1968⁴³⁸.

En opinión de JIMENO BULNES, “se incluye en la expresión “civil o mercantil” los asuntos relativos al Derecho de quiebras, Derechos de seguros y Derecho laboral, quedando excluido el Derecho fiscal por tener la consideración de Derecho público para la mayoría de los Estados”⁴³⁹.

Como hemos indicado anteriormente el procedimiento regulado en el Reglamento se basa en diferentes formularios⁴⁴⁰ de obligada cumplimentación, determinados en los diferentes anexos (modelos identificados con las letras del alfabeto, de la A a la J).

La tramitación de las solicitudes de diligencias probatorias es muy semejante a la regulación contenida en el Convenio de la Haya de 1970, permitiendo que la práctica de la prueba se ejecute conforme a las normas internas del Estado requerido pero también permite la actuación de órganos del Estado requirente siguiendo su propia normativa procesal.

⁴³⁸HERRERA PETRUS, C. *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2005, pág. 184. “Por otra parte en el contexto comunitario está sido la posición adoptada por el TJCE se ha ido delimitando progresivamente el significado de los términos civil y mercantil en la jurisprudencia interpretativa del Convenio de Bruselas de 1968, del que -cabe recordar- el Reino Unido e Irlanda y, por lo tanto, el common law- forman parte desde 1978. Lógicamente, por razones de elemental coherencia, esta jurisprudencia ha de entenderse aplicable a todas las normas comunitarias como tales en materia procesal internacional incluido el reglamento 1206/2001”

⁴³⁹ JIMENO BULNES, M. (Coord.). Op. Cit. Pág. 202.

⁴⁴⁰ Por todos, vid. JIMENO BULNES, M. (Coord.), Op. Cit. Pág. 206.

Este último supuesto está específicamente sometido a una condición, la voluntaria cooperación de las personas que deban ser examinadas.

Su realización estará sometida a las normas internas del Estado requirente y, en su caso, a las condiciones establecidas por el Estado requerido. En este sentido, el artículo 17.4.2 del Reglamento dispone la posibilidad de que el órgano competente del Estado requerido vigile la práctica de la misma, en orden a verificar el respeto y el cumplimiento de su normativa procesal, lo que en nuestra opinión puede generar ciertas distorsiones en aquellos casos en los que existan contradicciones entre las normas procesales del Estado requerido y requirente.

2.4. Ley Orgánica Poder judicial y la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil

Cuando en el curso de un proceso que se está tramitando o que se va a tramitar en España se pretende obtener o practicar una prueba en el extranjero y se trata de un país de la Unión Europea acudiremos a las disposiciones del Reglamento; si la diligencia probatoria debe practicarse fuera de la Unión Europea o en Dinamarca habrá que acudir al Convenio de la Haya de 1970 y, en los demás casos, habrá de aplicarse la normativa contenida en el Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) o en su caso, la ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil de cooperación jurídica internacional (en adelante, ley de cooperación jurídica internacional).

La LOPJ regula, en sus artículos 21 y 22, las cuestiones relativas a la extensión y límites de la jurisdicción española determinando aquellas materias respecto de las cuales nuestros tribunales deben conocer en todo caso. Esta normativa fue complementada con la promulgación posterior de los artículos 36 a 38 LEC, que regularon por primera vez el régimen del control de oficio de la competencia jurídica internacional⁴⁴¹.

Fuera de dichos artículos, referidos a la competencia internacional, encontramos que la LOPJ regula la cooperación jurídica internacional en dos únicos artículos, el 277 LOPJ - que contiene una remisión a los tratados y convenios internacionales suscritos- y el 278 LOPJ - referido a las causas de denegación de la cooperación jurídica internacional-.

La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, aprobada el pasado mes de julio, que debería haber visto la luz hace ya una década⁴⁴², tiene una extensión de 61 artículos divididos en cinco títulos donde

⁴⁴¹GIMENO SENDRA, V. Op. Cit. Tomo I.2 Pág. 5.3. “Siendo la finalidad de la norma, pues, la regulación exclusiva del tratamiento procesal de la competencia internacional y, más en concreto, la apreciación de oficio de la misma, el siguiente comentario, breve por su propia naturaleza, se contraerá a este único y exclusivo aspecto, sin introducir, por tanto, referencias a los generales criterios de atribución competencial previstos ni en el artículo 22 LOPJ, ni en los diferentes tratados o convenios suscritos por España, dado que ello nos llevaría muy lejos y se alejaría del comentario a un precepto que tiene miras más modestas.”

⁴⁴² Disposición Final Vigésima LEC: “Proyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil: En el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.”

- i) se establece el régimen general de la cooperación jurídica internacional,
- ii) se determina el procedimiento a seguir respecto de la prueba a ejecutar en el extranjero,
- iii) se articula el procedimiento para informarse acerca del Derecho extranjero y nacional,
- iv) se define la litispendencia y la conexidad internacional, y
- v) se regula el procedimiento judicial del exequátur.

Su ámbito de aplicación se limita a los siguientes actos de cooperación jurídica internacional: “actos de comunicación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, tales como notificaciones, citaciones y requerimientos, así como a las comisiones rogatorias que tengan por objeto los actos relativos a la obtención y práctica de pruebas.”

En razón del objeto del presente trabajo vamos a centrarnos en el Capítulo IV del Título primero de la ley, referido a la práctica y obtención de pruebas “en el extranjero para que surtan efecto en un procedimiento judicial en España, o en España para que surtan efecto en un proceso extranjero.”

La ley permite expresamente la ejecución de pruebas respecto de un proceso iniciado o futuro, imponiendo como condiciones que la prueba tenga “relación directa” con el proceso y que la anticipación sea admisible conforme a la legislación española.

Por tanto, la prueba solicitada deberá cumplir los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba y ejecutarse conforme a las normas contenidas en el artículo 293 y siguientes de la LEC.

El Ministerio del Interior como autoridad central española designada al efecto remitirá a las autoridades competentes las solicitudes recibidas, las cuales deberán ejecutarse “sin dilación.”

El contenido de la solicitud viene regulado en el artículo 30 de la ley. Como particularidad, debemos destacar que el texto permite la ejecución de un procedimiento especial que deberá ser debidamente detallado a los efectos de comprobar el respeto de las garantías previstas en la legislación española.

La ley impone la obligación de describir las diligencias probatorias cuya ejecución se solicita y determinar los datos necesarios para la debida realización de cada diligencia probatoria, llamando poderosamente la atención el olvido total de la prueba pericial.

Estas peticiones sólo podrán denegarse cuando concurren causas de orden público, el proceso del que dimana la petición sea de exclusiva competencia de la jurisdicción española o la solicitud no reúna los requisitos establecidos en la norma.

3. Prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba en los textos analizados

3.1. Prueba anticipada

Como hemos apuntado, prácticamente toda la normativa analizada, nacional o internacional, permite de manera expresa la ejecución de la prueba anticipada en el extranjero, ya sea cuando ésta sea pedida durante el curso de un proceso, ya sea ésta solicitada antes del inicio del mismo.

Así el artículo 1 del Convenio de La Haya de 1970 proscribía la obtención de pruebas que no estén destinadas a utilizarse en un procedimiento ya incoado o futuro. Por su parte, el Reglamento también en su artículo primero, párrafo segundo, dispone que “no se solicitará la obtención de pruebas que no estén destinadas a utilizarse en una causa iniciada o que se prevea incoar.”

La Convención Interamericana sobre exhortos y cartas probatorias, conforme a su artículo 8, admite la prueba anticipada pero con la salvedad de que sólo podrá solicitarse una vez se haya iniciado el correspondiente proceso.

Finalmente, y como hemos tenido oportunidad de comprobar en el epígrafe 2.4 anterior, la ley de cooperación jurídica internacional prevé, en su artículo 29.2, la prueba anticipada tanto cuando el proceso no se ha iniciado como cuando está en curso.

3.2. Aseguramiento de la prueba

El asaz apoyo de la normativa internacional a la prueba anticipada se frena en seco respecto del aseguramiento de la prueba por la similitud de esta figura con las medidas cautelares.

Ninguno de los textos normativos hace referencia a la figura del aseguramiento de la prueba, y el que sí se refiere a éste lo hace para

negar taxativamente su aplicación tal y como ocurre en el caso del artículo 3 de la Convención⁴⁴³.

Este precepto dispone literalmente que la Convención no se aplicará a ningún exhorto o carta rogatoria referente a actos procesales distintos de los mencionados en el Artículo anterior; en especial, no se aplicará a los actos que impliquen ejecución coactiva.

En este sentido, en la generalidad de los supuestos, la adopción de una medida asegurativa implicará la adopción de medidas coactivas sobre los bienes del sujeto pasivo -secuestro, cierre de empresas- que en nuestra opinión no tienen cabida en la Convención.

En sentido parecido, el Convenio de la Haya de 1970 parece negar la posibilidad de asegurar las fuentes probatorias por esta vía, tal y como se desprende del informe explicativo AMRAM⁴⁴⁴ que dispone que la regulación de las medidas de conservación “debe ser nacional, porque implica el ejercicio discrecional del tribunal de su potestad jurisdiccional sobre las cosas o sujetos a conservar⁴⁴⁵”.

Contrario a tal posición, GASCÓN INCHAUSTI para descartar la posibilidad de acudir al Convenio de Bruselas de 1968 para solicitar la anticipación o el aseguramiento de la prueba, señala que “la regla general ha de ser la de acudir al Convenio de la Haya de 1970, en

⁴⁴³Artículo 3 de la CIECR “La presente convención no se aplicará a ningún exhorto o carta rogatoria referente a actos procesales distintos de los mencionados en el artículo anterior; en especial no se aplicará a los actos que impliquen ejecución coactiva.”

⁴⁴⁴AMRAM P.W. – “*Explanatory report on the convention of 18 march 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters*” Disponible en: http://www.hcch.net/upload/hcch_catalogue.pdf

⁴⁴⁵ VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. Op. Cit. Pág. 40.

cuyo tenor, de hecho, también caben el aseguramiento de la prueba y su práctica anticipada⁴⁴⁶”.

Por lo que respecta al Reglamento, VILLAMARÍN LOPEZ⁴⁴⁷ y HERRERA PETRUS, al referirse a la expresión “diligencias de obtención de pruebas”, coinciden en afirmar que el aseguramiento de la prueba sí estaría permitido bajo su ámbito de actuación.

HERRERA PETRUS defiende la concepción amplia de la expresión “diligencias de obtención de pruebas” y afirma que engloba “aquellas actuaciones que, sin responder a un medio ortodoxo de prueba, constituyan métodos lícitos de acercamiento al proceso de fuentes de prueba sobre extremos fácticos relevantes en el debate procesal⁴⁴⁸”.

Por el contrario, MARTÍN ALVAREZ considera que “cabría defender que las medidas de aseguramiento de prueba no están incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento⁴⁴⁹”. Dicha afirmación se basa

- i) en la consideración del aseguramiento de la prueba como una medida cautelar destinada a garantizar o mantener una determinada situación de hecho o de derecho, y

⁴⁴⁶GASCÓN INCHAUSTI, F. Op. Cit. Pág. 57.

⁴⁴⁷VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. Op. Cit. Pág. 69. “Teniendo en cuenta las consideraciones recién apuntadas, entendemos que el objeto del Reglamento, circunscrito a las diligencias de obtención de pruebas, comprende no solo la práctica de cualquier medio probatorio que pueda autorizar la ley procesal de los estados miembros, sino también todas aquellas actuaciones encaminadas a la adquisición de las fuentes de prueba.”

⁴⁴⁸ HERRERA PETRUS, C. Op. Cit. Pág. 179.

⁴⁴⁹ MARTÍN ÁLVAREZ, S. Op. Cit.

ii) en que ya existe el Reglamento 44/2001⁴⁵⁰ que a través de su artículo 31 ofrecería la vía para adoptar este tipo de actuaciones en el extranjero⁴⁵¹.

En nuestra opinión, consideramos más acertada la posición sostenida por VILLAMARÍN LOPEZ y HERRERA PETRUS puesto que el aseguramiento, pese a contener innegables parecidos y aunque comparte ciertas características con las medidas cautelares, debe ser incluido dentro del derecho a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes⁴⁵².

Otra cosa diferente es que para la adopción de este tipo de actuaciones haya que llevar a cabo acciones diferentes o más complicadas que las comprendidas para la ejecución de los medios de prueba, pero ello no debe conducir a concluir que el aseguramiento puede considerarse una medida cautelar⁴⁵³.

⁴⁵⁰Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁴⁵¹ En el mismo sentido, ESTEBAN DE LA ROSA, G. “Prueba judicial y práctica del Discovery en la Unión Europea”. Disponible en: www.ual.es/revistas/.../pdfs/.../articulos_prueba-judicial-y-practica.pdf Pág. 6.

⁴⁵² Vid. Capítulo Primero.

⁴⁵³ Vid. Capítulo cuarto, epígrafe tercero, del presente trabajo, donde analizamos detenidamente las diferencias esenciales entre ambas figuras. GASCÓN INCHAUSTI, F. Op. Cit. Pág. 59. “En cualquier caso nos parece oportuno realizar una última precisión. Hay algún autor que, al plantearse esta cuestión, distingue entre medidas de aseguramiento de la prueba y medidas destinadas a obtener la práctica anticipada de pruebas, entendiéndolo que sólo las primeras serían susceptibles de incluirse dentro del art. 24 CB. A nuestro modo de ver, sin embargo, tal distinción carece de sentido, pues no tiene en cuenta que tanto aseguramiento como anticipación persiguen la misma finalidad...y que la distinción entre ambos se debe a que, en realidad, hay ciertos medios de prueba cuyo aseguramiento sin más es posible...otros en cambio, por definición solo pueden asegurarse mediante su práctica anticipada.”

No podemos perder de vista que el aseguramiento protege las fuentes probatorias con el fin de que el derecho a la prueba despliegue todos sus efectos en el momento procesal oportuno, de manera que su fin no constituye, en modo alguno, asegurar la efectividad de la futura sentencia sobre el fondo.

CONCLUSIONES

-I-

La prueba anticipada es una institución de Derecho Procesal que puede definirse como el adelanto, respecto del momento procesal oportuno, de la práctica de un determinado medio probatorio, a los efectos de que su resultado pueda estar disponible, junto con el resto de resultados que se obtendrán de los diferentes medios de prueba que se practicarán, en el futuro o en el proceso ya iniciado.

-II-

El aseguramiento de la prueba es igualmente una institución de Derecho Procesal que puede calificarse como la protección de aquellas fuentes de prueba que peligran por actuaciones de los hombres o por acontecimientos naturales y que se consideran imprescindibles para conseguir la correcta y efectiva tutela judicial.

-III-

Tras la derogación de los preceptos relativos a la jurisdicción voluntaria contenidos en la anterior LEC por medio de la ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria de 2 de julio, las únicas vías válidas para practicar la prueba anticipada o asegurar las fuentes de prueba son las que prevé la Ley de enjuiciamiento civil en los artículos 293 a 298 LEC.

Por un lado, la nueva ley de jurisdicción voluntaria ha eliminado los últimos procedimientos anticipatorios que regulaba la LEC 1881 relativos a los testimonios para perpetua memoria, el examen de las mercancías o la apertura de escotillas.

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia niegan la posibilidad de preconstituir la prueba por medios extraprocesales ajenos a cualquier control de los órganos jurisdiccionales, por lo que no son válidos a los efectos probatorios las actas de notoriedad o las actas notariales que contienen manifestaciones de terceros.

-IV-

Por medio de la prueba anticipada, se puede solicitar la práctica anticipada de cualquier medio de prueba de los contenidos en el artículo 299 LEC, sin restricción alguna. Su ejecución se efectuará siguiendo las normas legales dispuestas para cada uno de ellos.

-V-

El ámbito del aseguramiento de la prueba es sensiblemente mayor al de la prueba anticipada, de modo que el solicitante puede pedir cualquier medida asegurativa conducente a obtener el fin perseguido, la protección de la fuente de prueba.

Para alcanzar este objetivo el legislador permite al órgano jurisdiccional sustituir la medida asegurativa solicitada por el interesado por otra que estime más adecuada, siempre y cuando con esta decisión se obtenga la efectiva protección de la fuente probatoria y su ejecución sea menos gravosa que la solicitada por el interesado.

-VI-

Ni la prueba anticipada ni el aseguramiento de la prueba son pormenores o figuras de Derecho Procesal semejantes a las diligencias preliminares o a las medidas cautelares. La finalidad última de aquéllas figuras es la debida protección de los medios y las fuentes de prueba al efecto de que estén disponibles en el futuro o actual proceso.

En consecuencia, ni la anticipación probatoria ni el aseguramiento de la prueba tratan de obtener datos sustantivos o procesales necesarios para el inicio y sostenimiento de la futura acción, ni tampoco tratan de asegurar la ejecución del posible fallo estimatorio de la demanda planteada como pretenden las diligencias preliminares y las medidas cautelares, respectivamente.

-VII-

De las dos definiciones dadas de la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba se trasluce claramente que ambas son herramientas fundamentales para la consecución de la tutela judicial efectiva sin indefensión, puesto que sin ellas no sería posible desarrollar correctamente la labor jurisdiccional por la simple razón de que las partes no podrían acreditar las alegaciones de los datos aportados al proceso y el órgano jurisdiccional no estaría en disposición de adoptar una decisión sustentada en Derecho acerca de la pretensión planteada.

-VIII-

La prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba deben considerarse como derechos insertos en el derecho a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes, lo que debe traducirse en una mayor sensibilidad a la hora de admitir la consecución de estas figuras.

La prueba anticipada no ofrece duda alguna al respecto, de manera que el órgano jurisdiccional debe cumplir los mandatos que emanan de este derecho constitucional y debe admitir su petición, salvo que existan razones legales para inadmitir la solicitud de prueba anticipada.

Por lo que respecta al aseguramiento de la prueba, consideramos que debe incluirse en el derecho a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes, puesto que su objetivo esencial es la protección de las fuentes de prueba y, consiguientemente, pretende que se posibilite el derecho a la prueba sin restricción alguna. Sin embargo, en este particular caso, consideramos que el examen de esta cuestión debe ser objeto de un análisis más profundo y su adopción debe analizarse de manera más restrictiva, caso por caso, como consecuencia de los sujetos pasivos que pueden verse involucrados en la ejecución de la misma y el alcance que el aseguramiento puede tener sobre los derechos personales o patrimoniales de los afectados.

-IX-

Como consecuencia de tenor literal de la ley, que impide expresamente la interposición de la declinatoria frente a las peticiones de prueba anticipada y del aseguramiento de la prueba, ambas herramientas pueden tramitarse ante juzgados incompetentes.

Conforme determinan los artículos 63 LEC y 168.1 LOPJ es posible que un órgano jurisdiccional incompetente *-ex lege-* o los jueces decanos *-cuando concurren situaciones de urgencia-*, realicen los trámites necesarios para ejecutar la prueba anticipada o el aseguramiento de la prueba.

-X-

A nuestro juicio existen artículos en la LEC que contrarían el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes.

En efecto, el desigual trato que la ley otorga a las futuras partes respecto del proceso no iniciado supone, en nuestra opinión, una vulneración de los derechos anteriormente indicados. En este sentido, la ley, en el caso de la anticipación y del aseguramiento *ante demandam*, deja en manos de una sola de las futuras partes *-futuro demandante-* no sólo la posibilidad de solicitar la prueba anticipada o el aseguramiento de la prueba sino también la oportunidad de iniciar el proceso, sin otra sanción que la pérdida de la eficacia de la prueba anticipada o el alzamiento de las medidas asegurativas.

-XI-

En línea con lo expuesto anteriormente, debemos denunciar la posición que puede ostentar el tercero respecto del aseguramiento de la prueba. El aseguramiento de la prueba puede recaer sobre la futura o actual parte del proceso o sobre un tercero, en principio ajeno al proceso. Es decir, la ejecución de una medida de aseguramiento puede recaer sobre alguna persona, física o jurídica, a la que nada se pretende reclamar en el futuro o actual proceso.

-XII-

Es bastante sorprendente que la ley no establezca ningún tipo de sanción económica por no iniciar el correspondiente proceso dentro de los plazos marcados tras la finalización del incidente anticipatorio o asegurativo, porque en nuestra opinión se está brindando a la parte solicitante la posibilidad de obtener información de la contraparte dando lugar a las tan temidas *fishing expeditions*.

-XIII-

La ley no regula perfectamente el contenido de la solicitud de prueba anticipada ni del aseguramiento de la prueba, ni tampoco se determina legalmente si existe vinculación entre los hechos alegados en la petición anticipatoria o asegurativa *ante demandam* y los de la futura demanda, pese a la capital importancia que esta cuestión puede llegar a tener respecto del futuro proceso.

-XIV-

La ley impone el absoluto respeto del principio de contradicción. Sin embargo, sólo regula la participación del sujeto pasivo de la prueba anticipada en el acto de la práctica de la prueba, obviando su posible actuación en la proposición o en la admisión de la prueba.

-XV-

La ley permite expresamente la posibilidad de adoptar las medidas de aseguramiento *inaudita parte* de forma que el aseguramiento puede efectuarse sin el conocimiento del sujeto que deba soportar la misma.

Esto no supone una vulneración del principio de contradicción, puesto que la ley otorga al sujeto pasivo de la medida o a quien se haya visto afectada por la medida asegurativa la posibilidad de oponerse a la misma tras su adopción.

Incomprensiblemente, pese al menor impacto que supone la anticipación probatoria respecto a las partes del futuro o actual proceso, no está prevista legalmente la adopción de la prueba anticipada *inaudita parte*, de manera que nunca podrá acordarse la práctica anticipada un medio probatorio sin la asistencia de la contraparte.

-XVI-

El sujeto pasivo que debe soportar la medida de aseguramiento puede solicitar al órgano jurisdiccional la entrega de una caución sustitutoria, al efecto de que aquélla no sea ejecutada.

Esta previsión puede suponer una perversión del fin de la medida de aseguramiento porque, si la situación no es valorada detenidamente por el órgano jurisdiccional, puede impedir que se alcance la protección de la fuente probatoria y, por consiguiente, ésta quedará en posesión de aquéllos que pueden tener interés en modificarla o alterarla antes de la llegada del momento practicar la prueba.

-XVII-

El aseguramiento de la prueba puede, por razón de su objeto, y ante la negativa o la falta de cooperación del futuro o actual demandado o del tercero, conllevar la restricción de ciertos derechos fundamentales.

En este sentido, el órgano jurisdiccional, al efecto de conseguir la debida protección de una fuente de prueba, puede adoptar actuaciones como el examen del correo electrónico o la entrada y el registro de un domicilio o de una entidad fabril.

ABSTRAC

THE EVIDENCE PRODUCED BEFORE TRIAL AND THE ASSURANCE OF THE PROOF IN THE CIVIL PROCEEDINGS

The goal of the present study is to analyze two figures of civil procedure, the evidence produced before a trial and the assurance of the proof.

In one hand, the evidence produced before a trial is an institution under Procedural Law that can be defined as the anticipation, in respect to the proper procedural moment, of the practice of a determinate evidential mean, to the effects that its result can be available together with the rest of the results to be obtained through the different evidential means which will be executed in the future or, once the moment has already being initiated.

On the other hand, the assurance of the evidence is also an institution of Procedural Law that can be classified as the protection to the different evidence's sources which might be in danger due to the actions of humans or natural circumstances, and that are considered essential to accomplish the correct and effective judicial protection.

After the derogation of the legal rules related to the voluntary jurisdiction included in the previous civil procedure rules by means of

the act 15/2015 of voluntary jurisdiction dated July 2nd, the only valid ways of practice or assurance the sources are the evidence obtained before trial and the assurance of the evidence.

By means of the evidence obtained before the trial, the same can be requested by any evidencing means of the ones included in article 299 Civil Procedure Rules, with not applicable restriction. Its execution will follow the legal instructions included for each of them.

The scope of assurance the evidence is sensitively higher than the one of the evidence obtained before the trial, so that the requestor could request any protective measure in order to obtain the final motivation, the protection of the source of evidence.

Nor the evidence obtained before the trial nor the assurance of the evidence are details or forms of the pretrial actions or the interim measures. The final goal of those legal forms derives from the due protection of the sources of the evidence so that they are available in the future or present of the process.

As a consequence, nor the evidence obtained before the trial nor the assurance of the evidence try to obtain substantive procedural data requested for the beginning or the sustainability of a future action, nor they try to ensure the execution of the potential positive decision of the lawsuit as a difference of what could be aimed by the preliminary actions or interim measures respectively.

From the two definitions of the evidence obtained before the trial or the assurance of the evidence it is clearly revealed that both are

fundamental tools for the consecution of an effective judicial guard without lack of defense, as that without those it would not be possible to develop correctly the jurisdictional duties for the simple reason that the parties could not credit the pleadings of the data provided and the jurisdictional authority would not be in a position to adopt a decision sustained by Law regarding the claim raised.

In our opinion, the evidence obtained before trial and the assurance of the evidence should be considered as rights included in the right of using all the pertaining evidence means, which could be translated in a higher sensibility at the time of admitting the consecution of such forms.

In our opinion, the evidence obtained before the trial shows no doubt at all in this respect, so the jurisdictional authority would comply with the mandates that derive from the constitutional right and should admit its plead, unless there are any legal reasons for the non-admission of the request of the obtainment of the evidence before the trial.

Respect to the assurance of the evidence, we consider that it should be included in the right of using all the pertaining evidence means, as its essential objective is to protect the sources of the evidence and, consequently, its aim is to enable the right of an evidence with no restriction.

Nevertheless, in this particular case, we consider that the analysis of this matter should be subject to a more in deep analysis and its adoption should be analyzed in a more restrictive way, case by case, as a consequence of the passive subject who could be involved in the

execution of the same and the scope of the assurance can have over the personal or patrimonial rights of the affected parties.

It is quite surprising that the act does not reflect any pecuniary sanction for not initiating the proceeding under the terms reflected after the finalization of the anticipatory or assurance incident, because in our opinion it is giving the counterparty the possibility of obtaining information of the other party giving an option to the so feared fishing expeditions.

The assurance of the evidence can, based on the reason of its object, and facing the negation or lack of cooperation of the future or present defendant or of the third party, imply the restriction of certain constitutional rights.

Along with all this the study examine all problems which arises from this two figures of law related to the content of the petition, the rules for competition or the appeal.

Also the content of this study analyses the different measures which can be plead in order to ensure de assurance of the proof and the ways to execute them as the civil rules keep silent about this matter.

Finally, we examine the different international legal text so as to verify the possibility to obtain the evidence of proof before trial and the assurance of the proof in third countries.

BIBLIOGRAFIA Y JURISPRUDENCIA

AMRAM P.W. *“Explanatory report on the convention of 18 march 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters”*
Disponible: http://www.hcch.net/upload/hcch_catalogue.pdf

ABEL LLUCH, X. *Derecho probatorio*, JM Bosch, Barcelona, 2012

ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007

ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. (Coord.) *Problemas actuales de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2004

ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. (Coord.) *El interrogatorio de las partes*, JM Bosch, Barcelona, 2007

ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2003

ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. *Problemas actuales de la prueba civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005

ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J., RICHARD GONZÁLEZ, M. (Coord.) *Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. La Ley, Madrid, 2010

- ABEL LLUCH, X. *La audiencia previa*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2010
- ALMAGRO NOSETE, J., GIMENO SENDRA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V. *Derecho procesal civil*, Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000*, Economist & Jurist, Barcelona, 2000
- ALSINA, H. *Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial*. Ediar, Buenos Aires, 1958.
- ANTERQUERA, J.M. *La codificación moderna en España*, Imprenta de la revista de legislación, Madrid, conde de
- ARAGONESES ALONSO, P. *Técnica Procesal. Proceso de Cognición y juicio verbal*, Aguilar, Madrid, 1955
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R. *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Colex, Barcelona, 2000
- ARHENS, E. *Compendio de la historia del Derecho romano*. (Trad. Giner, F. De Azcarate, G y De Linares, A.) Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1879.

ARMENGOT VILAPLANA, A. “Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre la prueba en materia de propiedad intelectual e industrial”, *La Ley*, noviembre, número 6819, 2007, Págs. 1051 a 1069.

ARMENTA DEU, T. *Lecciones de derecho procesal civil*. Marcial Pons, Madrid, 2013

ASENCIO MELLADO, J.M *Derecho procesal civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012

ATIENZA LÓPEZ, J.I. Disponible en:
<http://m.informativojuridico.com>.

BANACLOCHE PALAO, J. *Las diligencias preliminares*. Thomson-Civitas, Navarra, 2003

BANACLOCHE PALAO, J, ZARZALEJOS NIETO, J. *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 138

BARONA VILAR, S. *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2003.

BARRECA, G. *I procedimenti di istruzione preventiva dopo la riforma*, (artt.692-699 Cod.Pro.Civ.). Art. 692, Giuffre Editore, Milán, 2009

BASTIDA, F.J. *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 60.

BATUT, M.A. Disponible en:
http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/etudes_documents_93/anne_marie_5790.html

BEST, R. E. *Discovery & Privileged case book 2004*. Disponible en:
http://california-discovery-law.com/introduction_to_discovery.pdf.

BONET NAVARRO, J. *La prueba en el proceso civil*, Dijusa, Madrid, 2009.

BORJA NIÑO, M.A. *La prueba en el derecho colombiano - declaración de parte y confesión*, Sistemas & Computadores Ltda. Bucaramanga, 2001.

CÁCERES RUIZ, L. *Propiedad Intelectual: Medidas Cautelares en el Procedimiento Civil*. Visión Net, Madrid, 2007, pág. 68.

CAPONI, R, La nueva disciplina general de los procedimientos cautelares, *Ius et Veritas*, núm. 32, Perú, 2009. Págs. 229-239

CAPITANO, S, GIOVAGNOLI, R. *I procedimenti cautelari. Percorsi giurisprudenziali*, Giufre Editore, Milán, 2010.

CARNELUTTI, F. *Derecho y Proceso*. (Traduc. Santiago Sentís Melendo) Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971

- CONDE DE LA CAÑADA. *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, T.I., Madrid, 1792
- CORDÓN MORENO, F. *Principio de Proporcionalidad y Congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 2005, núm. 674. Págs. 1-5.
- CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Aranzadi, Navarra, 2001
- CORTÉS DIÉGUEZ, M. y SAN JOSÉ PRISCO, J. (Coord.) *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, Bibliotheca Salmanticensis, Salamanca, 2005.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V. *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.
- CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho Procesal Civil*. (Traduc. José Casais y Santaló), Editorial Reus, Madrid, 1922
- DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. (Trad. Jorge Sánchez Cordero). Universidad Nacional Autónoma de México, 2010
- DE DIEGO, F.C. *Introducción al estudio de las instituciones de Derecho romano*. Est. Tip. de la Viuda e Hijos de Tello, Madrid, 1900
- DE VICENTE Y CARAVANTES, J. *Nuevo manual de práctica forense*, Imprenta F. Vallés, Barcelona, 1835.

- DE HINOJOSA, E. *Historia del Derecho romano: según las más recientes investigaciones*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880
- RIPOLL Y VILLAMAJÓ, J. *Manual de legislación romana*. Imprenta de D. José Vázquez, Madrid, 1838
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (Coord.) *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (Coord.) *Comentarios a la LEC*, Civitas, Madrid, 2001
- DE LA OLIVA SANTOS, A. *Prudencia vs Ideología. De nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil*. Revista Ius et Praxis, Año 18, Nº 2, 2012, págs. 243-294.
- DE LA OLIVA, A. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. en *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Cersa, Madrid, 2004
- DE LA OLIVA, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *El derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Cersa, Madrid, 2002
- DE LLAMAS Y MOLINA, S. *Disertación histórico-crítica sobre la edición de las Partidas del rey don Alfonso el Sabio que publicó la Real Academia de la Historia en el año de 1807*. Imprenta de Repullés, Madrid, 1820

- DE LOS SANTOS, M.A. La prueba en la tutela procesal anticipada. *La Ley*, año LXXIII, núm. 126. Buenos Aires, Pág. 988.
- DE TAPIA, E. *Manual de Práctica Forense*. Imprenta de Ildefonso Monpie, Valencia, 1828
- DEVIS ECHANDÍA. *Teoría general de la prueba judicial*. 2ª Edic. Edit. Victor de Zavalía, 1972
- DEVIS ECHANDÍA, H. *Compendio de la prueba judicial*. T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000
- DÍAZ FUENTES, A. *La prueba en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2003
- DIEZ PICAZO, L. *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva” *Cuadernos de derecho público*, núm. 10, mayo-agosto 2000, págs. 13-37.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Comentarios a la constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996
- DI ROSA, G. *Il procedimento di ingiunzione*, Wolters-Kluvers, Milán, 2008.

ELVIRA BENAYAS, M. J. “*Tratamiento de la aplicación facultativa del reglamento 1206/2001 sobre obtención de prueba en la UE.*” Disponible en: revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/1822/862. Págs. 538-547.

ESCUADERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*. Gráficas Solana, Madrid, 1985

FAIRÉN GUILLÉN, V. Sugerencias practicas sobre el contenido de la audiencia preliminar. Congreso Internacional. *Un codice civile tipo de procedura civile per l'america latina*, Roma, 1988, págs. 7-8.

FENOCHIETTO, C. E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado con los códigos provinciales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2001

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS; RIFÁ-SOLER; VALLS-GOMBAU (COORDS.) *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Atelier, Barcelona, 2000

FERNÁNDEZ DE BUJÁN. A. “El notario del siglo XXI.”, núm. 50, julio-agosto 2013. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/126-hemeroteca/revistas/revista-13/2461-testigos-y-documentos-en-la-practica-negocial-y-judicial-romana-0-6726056231861987>.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001
- FERNÁNDEZ NIETO, J. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, Madrid, 2009
- F. DI NANNI, L. VITTORI, P. *Formulario dei procedimenti cautelari. Nel processo civile, societario, amministrativo e tributario*, Giuffrè Editore, Milán, 2008
- FIX-ZAMUDIO, F. OVALLE FAVELA. J *Derecho Procesal*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- FRIEDENTHAL, J.H, KANE, M.K., MILLER, A.R., *Civil Procedure*, Thomson, USA, 1999
- FRANCO ARIAS, J. “¿Las diligencias preliminares previstas en el art-256. 1 LEC deben considerarse una lista cerrada?” *Justicia*, 2007, J.M. Bosch Editor, número 3-4. 2008, pág. 90 y ss.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G. *La prueba civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., CASERO LINARES, L. *Las medidas cautelares en la ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Navarra, 2012

GARBERÍ LLOBREGAT, J., TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., CASERO LINARES, L. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona 2010

GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho civil romano. Digesto*, Barcelona, 1892.

GARCÍA GARCÍA, E. *Jornadas de estudio y actualización en materia de patentes ("Los Lunes de Patentes"); Oficina Española de Patentes y Marcas; Madrid, 28 de noviembre de 2011.* Disponible en:
http://www.ub.edu/centrepatents/pdf/doc_dilluns_CP/Garcia-garcia_Diligencias_preliminares_litigios_patentes.pdf

GARCÍA GARCÍA, E. Disponible en:
http://www.ub.edu/centrepatents/pdf/doc_dilluns_CP/Garcia-garcia_Diligencias_preliminares_litigios_patentes.pdf

GARCÍA GALLO, A. *Aportación al estudio de los fueros*. Anuario del estudio del derecho español. Nº 26, 1956. Págs. 387-446.

GARNER, B.A. *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford University Press, United States of America, 1987

GASCÓN INCHAUSTI, F. *Medidas cautelares del proceso civil extranjero*, Comares, Granada, 1998

GESTO ALONSO, B. *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1991

GIL VALLEJO, B. *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*. Bosch, Barcelona, 2011

GIMENO SENDRA, V. (VV.AA.) *Procesal Civil Practico*, La ley, Madrid, 2001.

GÓMEZ Y NEGRO, L. *Elementos de práctica forense*, Imprenta Don Mariano Santander, Valladolid, 1827

GONZÁLEZ PILLADO, E., IGLESIAS CANLE, I. “La prueba pericial en la nueva ley de enjuiciamiento civil”. *Revista Xuridica Gallega*. Disponible en: <http://www.rexurga.es/pdf/col166.pdf>. Págs. 308-344.

GONZÁLEZ POVEDA, B. *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y formularios*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

GRAIG, J. E. “Taking and Using Depositions Before Action or in Federal Court Pending Appeal” Disponible en: <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1596&context=facpub>

GUAHNON, S. V. Cuestiones de competencia en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. *Compendio Jurídico*, Junio, 2012. Disponible en: <ftp://facebook.errepar.com/Facebook/CompJuridico-Guahnon.pdf>.

GUASP, J., ARAGONESES, P. *Derecho procesal civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2014.

HARDY, S.J., HEATHER, M.N. "Expansion of presuit discovery in federal courts. Preparing for the brave new world." *FDCC Quarterly*; núm. 4, 2011. Págs. 405-419.

HERRERA PETRUS, C. *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005

IGLESIAS BÁREZ, M. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011.

ILLESCAS RUS, A. "La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su repercusión en los procesos del automóvil". Disponible en www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon5.pdf.

JIMENO BULNES, M. (Coord.). *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la unión europea: Instrumentos procesales*, Bosch, 2007

KERLEY, P., BANKER HAMES, J., SUKYS, J.D. *Civil Litigation*, Cengage Learning, United States of America, 2015

KIELMANOVICH, J. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996

KISCH, W. *Elementos de Derecho procesal*. (Trad. Leonardo Prieto Castro), *Revista de derecho privado*. Madrid, 1932.

LARENA BELDARRAÍN, J. “*Las diligencias preliminares en materia de propiedad industrial e intelectual*” R.V.A.P. núm. 87-88/2010. págs. 689-705.

LEANZA, P., PARATORE, E. *Il procedimento per decreto ingiuntivo*. Milanofiori Assago, Wolters-Kluvers, Milán, 2008.

LINO, R.A. “*Diligencias Preliminares y Prueba Anticipada*” *Boletín temático de jurisprudencia*, Buenos Aires, Diciembre 2012

LÓPEZ SIMÓ, F. *Disposiciones generales de la prueba*. La Ley, Madrid, 2001

LOPEZ YAGÜÉS, V. *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2005

LORCA GARCÍA, J. *Derecho Procesal Civil*, Graficas Cifra, Madrid, 1972

LORCA NAVARRETE, A.M, J. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000

LOUGHLIN, P, GERLIS, S. *Civil Procedure*, Cavendish, London, 2004

LUISO. F. *Diritto processuale civile*, Giuffre Editore, Milán, 2007

MACKELDEY, F. *Elementos de derecho romano*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845

MAGRO SERVET, V. *Guía Práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2010

MAGRO SERVET, V. (Coord.), *Guía de costas procesales*, Wolters Kluwers, Vizcaya, 2009,

MAGRO SERVET, V. *Tratado Práctico de Propiedad Intelectual*, El Derecho, Madrid, 2010

MALONE, D. M. “*Deposition Rules: The Essential Handbook to Who, What, When, Where, Why, and how*”, Nita Editorial, United States, 2005

MANDRIOLI, C. *Procedura civile - I procedimenti speciali di ingiunzione e di sfratto*. Disponibile en: <http://www.appuntigiurisprudenza.it/appunti-di-diritto-processuale-civile-i/il-diritto-processuale-civile-e-la-definizione-dellattivita-giurisdizionale-criterio-della-funzione-e-criterio-della-struttura.html>.

MANRESA Y NAVARRO, J.M. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910

MARTÍ MINGARRO, L. *Las Siete Partidas*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2004

- MARTÍN, I. *El estudio del Derecho romano actual*. Universidad de Murcia, 1994. Págs. 146-175. Disponible en: <http://digitum.um.es/jspui/bitstream/6314/1/ElEstudiodelDerechoRomanoActual.pdf>.
- MARTÍN, I. “Los principios orientadores de la compilación justiniana.” *Anales de la Universidad de Murcia*. Universidad de Murcia. Cuarto Trimestre, 1945, Págs. 398-421.
- MARTÍN ALVAREZ, S. “*El ámbito de aplicación del reglamento comunitario sobre la obtención de pruebas: Algunas cuestiones controvertidas*”. Págs. 267-300. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2005-27-E385A217/PDF>.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. “*Notas para un estudio de la prueba en la tercera partida*” Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2110792.pdf
- MARTÍNEZ MARCOS. E. “Fuentes de la doctrina canónica de la IV Partida del Código del Rey Alfonso El Sabio.” *Revista de Historia del Derecho Europeo*, Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia, 1992, pág. 898-926.
- MARTÍNEZ MARINA, F. *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*. Atlas Madrid, 1968.
- MARINA MARTÍNEZ PARDO, J., MARINA MARTINEZ-PARDO, J. (Coord.), *Ley de enjuiciamiento civil*, Sepin, 2000.

MATTIROLO, L. *Tratado de Derecho judicial civil*, Reus, Madrid, 1933.

MENENDEZ PIDAL, F. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Reus, Madrid, 1935.

MENESES PACHECO, C. Disponible:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200003.

MIGUELEZ DOMÍNGUEZ, L., ALONSO MORÁN, S. *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria*. Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1957

MONTERO AROCA, J. (Coord.) *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*. Proceso Civil e ideología, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006

MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

MOORE, S. *Deposition Dissection: A Handbook for Doctors Facing Deposition*, Lawyers & judges Publishing Company, INC. United States, 2005.

MORELLO, A. *Anticipación de la tutela*, Librería Editora Platense, La Plata, 1996

MORINEAU, M. *Una introducción al common law, 2a. reimp.* Universidad Nacional Autónoma de México, 2001

MUÑOZ MALDONADO, J. *Elementos de la historia del Derecho romano*, Imprenta D. L. Amarita, Madrid, 1827

MUÑOZ SABATÉ, L. *Curso de probática judicial*, La Ley Madrid, 2009

MUÑOZ SABATÉ, L. *Técnica procesal: 25 años de estudios forenses*, J.M. Bosch Editor, 2012

MUÑOZ SABATÉ, L. *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, Bosch, Barcelona, 2001

MUÑOZ SABATÉ, L. *Introducción a la probática*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007

OCCHIPINTI, E. Disponible en: <http://www.lider-lab.sssup.it/lider/it/odp/rubriche/danno-alla-persona-e-profilirocessuali.html>

OMAR BERIZONCE, R. *La reforma de los sistemas de justicia civil en Iberoamérica*. Disponible en: http://pmsj.org.pe/nweb/CEJA/CEJA/archivo/CIVIL/LINEAS_TENDENCIALES.pdf

ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Sinopsis artículo 24*. Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>

ORTELLS RAMOS, M. *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2010

- ORTELLS RAMOS, M. (Coord.) *Derecho procesal civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008
- ORTELLS RAMOS, M. “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n1/art13.pdf>.
- PECK, W. R. “Depositions, Proceedings to Perpetuate Testimony, Interrogatories to parties: The Federal Rules and the California Law” Disponible en [:http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3272&context=californialawreview](http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3272&context=californialawreview).
- PEÑA BERNALDO QUIRÓS, C. GOMEZ BLANCO, C. *Los procesos declarativos ordinarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Comares, Granada, 2001
- PÉREZ DAUDÍ, V. Disponible en: <http://0-vlex.com.cisne.sim.ucm.es/app?r=true#/vid/282813>
- PEREZ MARTÍN, A. “Fuentes romanas en las Partidas.” *Revista de Historia del Derecho Europeo*, Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia, 1992, pág. 215.
- PEREZ MARTÍN, A. “Los fueros extensos y el Derecho común.” *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 15, 1997. Págs. 75-85.
- PEREZ MARTÍN, A. “Fuentes de la doctrina canónica de la IV Partida del Código del Rey Alfonso El Sabio”. *Revista de Historia del*

Derecho Europeo, Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia, 1992, Págs. 897-425.

PETIT, E. *Tratado elemental del Derecho romano*. (Trad. D. José Ferrandez Gonzales), Editorial Porrúa, México, 2007

PETRUCCI, R. (Coord.) *I procedimenti speciali disciplinati dal Codice di Procedura Civile*, Grupo Editorial Simone, 2012

PICÓ I JUNOY, J. “Aspectos críticos del sistema probatorio de la futura ley de enjuiciamiento civil” Congreso de Derecho Procesal de Galicia, La Coruña, 1999

PICÓ I JUNOY, J, *El derecho a la prueba*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996

PICÓ I JUNOY, J. *Derechos y garantías procesales*, JM Bosch, Barcelona, 2013

PICÓ I JUNOY, J. *La buena fe procesal y su relación con el abuso del Derecho, el fraude a la ley procesal y la doctrina de los actos propios*” Bosch, Barcelona, 2013. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/invocacion-derecho-litigios-materia-societaria_11_184555010.html.

PICO I JUNOY.J. “La prueba ilícita en el Proceso Civil Español” en Temas atuais del proceso civil. Disponible en: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/52-v1-n-5-novembro-de-2011-/156-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-civil-espanol>

- PICÓ I JUNOY, J. “La prueba anticipada en la nueva ley de enjuiciamiento civil.” *Revista de Derecho Procesal*, La Ley. Oct. 2001, pág. 5
- PRIETO CASTRO, L. *Derecho Procesal civil*. Librería General, Zaragoza, 1955.
- PRINCIPE, C., *Formulario del processo civile. Edizione Fag*, Giuffrè Editore, Milán, 2007
- PRUTTING, H., DE FALCO, S. *Código Procesal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2006.
- PUNZI, C. *Il processo civile. Sistema e problematiche. Volumen tercero*. Giaplechi Editore, Torino, 2010
- PUNZI, C. *L I processo civile: sistema e problematiche: volume iii: i procedimenti speciali e l'arbitrato*, Giappichelli Editore, Torino, 2008.
- QUERAL CARBONELL, A., VALLE GARCÍA, M., ARBÓS I LLOBET, R. “Impugnación de documentos.” Disponible en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/impugnacion-documentos-202377077>
- RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento civil. Como gestionar litigios civiles*. Atelier, Barcelona, 2008

RAMOS MÉNDEZ, F. “Las medidas cautelares en el proceso civil español” Disponible en http://www.rya.es/articulos/las_medidas_cautelares_en_el_proceso_civil_espanol.pdf

REDENTI, E. *Derecho Procesal Civil*. (Traduc. Santiago Sentís Melendo), Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

RIFA SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I. “*Derecho procesal civil*”. Gobierno de Navarra, Navarra, 2011

RIPOLL Y VILLAMAJÓ, J. *Manual de legislación romana*, Imprenta de D. José Vázquez, Madrid, 1838

RIVES, SEVA, J. M. *Los distintos procedimientos en la ley de enjuiciamiento civil*, La Ley, Madrid, 2010

RIZO GÓMEZ, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

RODRÍGUEZ, J.M. *Curso elemental completo de práctica forense*. Imprenta de F. Álvarez y Cia., Sevilla, 1848.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director) *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*. La Ley Madrid, 2011

ROSENBERG, L. *Tratado de Derecho procesal civil*, (Trad. de Romera Vera, A), Berlín, 1951.

ROSENTHAL, L H., LEVI, D.F, RABIEJ, J.K., *Federal Civil Procedure Manual*, Juris Publishing INC, Huntington, 2015

ROWE, T.D. “A square peg a round hole? The 2000 limitation on the scope of federal civil discovery.” *Duke Law Journal*, Carolina del Norte, 1980. Disponible en: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1812&context=faculty_scholarship Pág. 13

RUIZ DE LA FUENTE, M.C. *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011

SATTA, S. *Manual de Derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1971

SAÉZ GONZÁLEZ, J., *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000

SAÉZ JIMÉNEZ, J y LÓPEZ-FERNÁNDEZ GAMBOA, E. *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, Santillana, Madrid, 1969.

SÁNCHEZ CARRIÓN J.L. *La incidencia en los procesos civiles del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes*. Ministerio de Justicia e Interior. Boletín de información nº 1811, 1998. Págs. 2493-2505.

SCHÖNKE, A. *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1950

- SCHWARZER, W., HIRSCH, A. "The elements of case management".
Federal Judicial Center, 2006.
- SEBASTIÁN MIDÓN, M. *Derecho probatorio. Parte General*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2007
- SENTÍS MELENDO, S. *La Prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1990
- SENTÍS MELENDO, S. *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, EJEA, Buenos Aires, 1979
- SEOANE SPIEGELBERG, J.L. *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*. Aranzadi, Navarra 2002
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, A. "En torno al *ordo iudiciorum privatorum*." *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 12-13, 1994-1995, pág. 478-501.
- SIME S. *A Practical approach to civil procedure*. Oxford University Press, East Sussex.
- SOSPEDRA NAVAS, F.J. (Coord.) *Tratado Práctico del Proceso Civil*. Civitas, Madrid, 2008
- SUBIRATS ALEXANDRI, M.C. *Medidas Cautelares. Instrumentalidad*.
Disponible en:

<http://www.derecho.com/articulos/2001/07/15/las-medidas-cautelares-su-instrumentalidad/>

- TAPPER, C. "Cross & Tapper on Evidence" Oxford University press, Ashford Colour Press, Hampshire
- TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. (Trad. J. Ferrer Beltrán, Trotta), Madrid, 2002
- TARUFFO, M. *La prova nel processo civile*, Giuffrè Editore, Milán, 2012
- TORIBIOS FUENTES, F. (Coord.) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Sepin, Madrid, 2012
- TUNC, A. TUNC, S. *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique. Tome deuxième: Le système constitutionnel actuel*. Donat Montchrestien, Paris, 1957.
- VALLINES GARCÍA, E. *La preclusión en el proceso civil*. Thomson-Civitas, Madrid, 2004
- VALLS GOMBAU, J.F. (Coord.) *Las medidas cautelares y los recursos*. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000
- VV. AA. *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Dijusa, Madrid, 2000

VESCOVI, E., VAZ FERREIRA, E. “*Garantías fundamentales de los litigantes en el procedimiento civil.*” *Revista de Estudios Procesales*, Edit. Centro de Estudios Procesales, Rosario, núm. 13, 1972, Pág. 110.

VIDAL MARÍN, T. “*Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y tribunal constitucional.*” Págs. 324-350. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4263248.pdf

VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa*, Colex, Madrid, 2005

WEINGARTEN, M. Disponible en: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=28B837EC-AB93-4288-A4AC-558E34273E3F>

YBORRA BORES, A. “*La práctica y prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español.*” Disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1620>.

XIOL RIOS, J.A. *Ley de enjuiciamiento civil. Doctrina y jurisprudencia.* Sepin, Madrid, 2000

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia (Sala 1ª)	10.05.04	RTC 2004/88
- Sentencia (Sala 1ª)	13.02.95	39/95

TRIBUNAL SUPREMO

- STS	10.02.92	RJ 1992,1080
- STS	09.03.92	RJ 1992/2009
- STS	21.09.87	ES:TS:1987:8510
- STS	28.01.05	ES:APBA:2005:772
- STS	24.04.03	RJ 2003\3532
- Auto	11.11.02	ATS 3037/2002

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- A.P. de Barcelona (Sección 13ª) Auto núm. 76	11.03.09	AC 2009/1339
- A.P. de Barcelona (Sección 1ª)	26.07.07	JUR 198/2007
- A.P. de Barcelona, (Sección 13ª)	11.03.09	AC 2009\1339
- A.P. de Barcelona (Sección 1ª)	14.12.10	APB:2010:5857ª
- A.P. de Cáceres (Sección 1ª)	13.04.07	JUR 2007\262590
- A.P. de Cáceres (Sección 1ª)	25.10.05	APCC:2005:279A
- A.P. de Cádiz (Sección 2ª)	14.07.03	AC 2003\ 1582
- A.P. de Castellón (Sección 3ª)	06.06.08	AAPCS 431/2008

- A.P. de Ciudad Real (Sección 1ª) Auto núm. 97	25.10.01	JUR 2002/7965
- A.P. de Granada (Sección 3ª) Auto núm. 270	28.10.05	JUR 2006/129971
- A.P. de Isla Baleares (Sección 3ª) núm.16	30.06.09	JUR 2009/352169
- S. A. P. de Jaén,	15.10.99	AC1999/2313
- A.P. de Las Palmas (Sección 1ª) núm. 103	29.05.12	JUR 2012/296601
- A.P. de La Rioja, (Sección 1ª)	05.06.09	JUR 2009\316410
- A.P. de Lérida (Sección 1ª)	21.11.02	JUR 2003\14791,
- S.A.P. de Madrid (Sección 28) núm. 177	03.12.10	JUR 2011/9554
- A.P. de Madrid (Sección 11ª) Auto núm. 39	04.02.10	JUR2010/168934
- A.P. de Madrid 348/2007	06.06.07	JUR 2007/259461
- A.P. de Madrid (Sección 20ª)	08.06.04	SAP M 8443/2004
- A.P. de Madrid (Sec. 21ª)	19 01.10	JUR 2010\105996
- A.P. de Madrid (Sección 14ª)	20.09.2012	APM:2012:16807
- A.P. de Madrid (Sección 12ª)	20.02.03	AC 2004, 1193
- A.P. de Madrid, (Sección 28ª)	03.12.10	JUR 2011\9554
- A.P. de Málaga (Sección 1ª)	10.03.98	AC 1998, 4001
- S.A.P. de Murcia (Sección 2ª) núm. 183	10.06.05	JUR 2006/17035
- A.P. de P. de Mallorca (Sección 3ª)	30.01.03	ES:APIB:2003:216
- S.A.P. de Salamanca (Sección Única)	19.06.07	JUR 2007/258510
- S.A.P. de Salamanca (Sección Única)	05.05.03	ES:APSA:2003:305
- S.A.P. de Sta. C. de Tenerife	16.02.04	AC 2004, 751
- A.P. de Sevilla (Sección 5ª) Auto núm. 60	03.03.10	AC 2010/1390
- A.P. de Sta. C. de Tenerife (Sección 4ª) núm 106	24.07.06	AC 2006/193
- A.P. de Sevilla, (Sección 5ª)	03.03.10	AC 2010\1390
- A.P. de Santa Cruz de Tenerife de	16.02.04	AC 2004\ 751
- A.P. de Sevilla (Sección 6ª)	06/11/2012	AAPSE 033/2012
- A.P. de Toledo (Sección 1ª) Auto núm. 19	15.03.05	AC 2005/757
- A.P. de Vigo (Sección 6ª)	02.11.10	APPO:2010:1034ª
- S.A.P. de Valencia	22.02.05	ES:APV:2005:5876
- S.A.P. de Vizcaya	04.01.05	ES:APBI:2005:18
- A.P. de Vizcaya (Sección 3ª) Auto núm. 661	31.10.05	JUR 2006/58809

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

- J.M. N° 1 de Alicante	26.10.07	ES:JMA:2007:31A
- A. J.M. N° 1 de Bilbao	30.05.05	AJM BI 25/2005
- S. J.M. N° 4 de Madrid	17.05.05	AC 2002\1911