

**UNIVERSIDAD FEDERAL DE ESPIRITU SANTO CENTRO DE CIENCIAS
JURIDICAS E ECONOMICAS PROGRAMA DE POST GRADUACION EN
DERECHO PROCESAL CIVIL**

EMERSON NOE GUEVARA REYES.

TEMA.

**COMPARATIVO DE PRODUCCION DE PRUEBA ANTICIPADA ENTRE EL
CODIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2015 BRASILEÑO CON EL CODIGO DE
PROCESO CIVIL DEL 2007 HONDUREÑO.**

VITORIA

2020

EMERSON NOE GUEVARA REYES

**COMPARATIVO DE PRODUCCION DE PRUEBA ANTICIPADA
ENTRE EL CODIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2015 BRASILEÑO
CON EL CODIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2007 HONDUREÑO.**

Disertación presentada al programa de Post Graduación Stricto
Sensu en Derecho Procesal Civil de la Universidad Federal do
Espírito Santo-PPGDIR UFES, como requisito parcial para
obtención del título de Mestre en Derecho Procesal Civil.

Orientador: Profesor Post - Doctor Rodrigo Reis Mazzei.

VITORIA

2020

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

G939c Guevara Reyes, Emerson Noe, 1994-
Comparativo de Producción de Prueba Anticipada entre el Código de proceso civil del 2015 brasileño con el Código de Proceso Civil del 2007 hondureño. / Emerson Noe Guevara Reyes. - 2020.
157 f. : il.

Orientador: Rodrigo Reis Mazzei.
Tese (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Diferencia entre Derecho a Prueba y Derecho a Probar.. I. Mazzei, Rodrigo Reis. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340



**ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO
MESTRANDO EMERSON NOE GUEVARA REYES**

Às 14 horas do dia 16 do mês de abril do ano de 2020, via webconferência, reuniu-se a Banca Examinadora composta pelos professores Dr. Rodrigo Reis Mazzei (Professor orientador – presidente da banca), Dra. Adriana Pereira Campos (PPGDIR/UFES), Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (membro interno - PPGDIR/UFES) e Prof. Dr. William Santos Ferreira (membro externo - PUC/SP) para a sessão pública de Defesa de Dissertação do mestrando **Emerson Noe Guevara Reyes** com o tema: "COMPARATIVO DE PRODUCCION DE PRUEBA ANTICIPADA ENTRE EL CODIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2015 BRASILEÑO CON EL CODIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2007 HONDUREÑO". Presentes os membros da banca e o examinando, o presidente deu início a sessão, passando a palavra ao aluno; após exposição de 30 minutos por parte do examinando, os membros da banca formularam as suas arguições, as quais foram respondidas pelo aluno; em seguida, o presidente da sessão solicitou que os presentes deixassem a sala para que a banca pudesse deliberar; ao final das deliberações, o presidente da sessão convocou o mestrando e os interessados para ingressarem na sala; com a palavra, o presidente da banca leu a decisão da banca que resultou a:

APROVAÇÃO do examinando; por fim, o presidente da sessão alertou que a aprovada somente terá direito ao título de Mestre após entrega da versão final de sua dissertação, em papel e meio digital, a Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.

Nada mais havendo, foi encerrada a sessão da qual se lavra a presente ata, que vai assinada eletronicamente pelos membros da banca examinadora, de acordo com a Portaria Normativa 03/2020 PRPPG/UFES.



EMERSON NOE GUEVARA REYES

**COMPARATIVO PRODUCCION DE PRUEBA ANTICIPADA
ENTRE EL CODIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2015 BRASILEÑO
CON EL CODIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2007 HONDUREÑO.**

Disertación presentada al programa de Post Graduación Stricto Sensu en Derecho Procesal Civil de la Universidad Federal do Espírito Santo-PPGDIR UFES, como requisito parcial para obtención de título de Mestre en Derecho Procesal Civil.

COMISION EXAMINADORA

_____ Prof. Pós- Doutor Rodrigo Reis Mazzei
– Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) –Orientador.

_____ Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves
Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) (Miembro Interno).

_____ Prof.^a Dr.^a Adriana Campos Pereira
Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) (Miembro Interno).

_____ Prof. Dr. William Santos Ferreira
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) (Miembro Externo).

VITORIA

2020

**A mi señora madre que es lo que más amo en este mundo y a
mi padre sin ellos nada de este sueño sería posible.**

AGRADECIMIENTOS

Agradezco por todos los consejos y fortalezas y ejemplo de vida, que mi padre y madre inculcaron en mi vida, agradezco a mi familia y amigos que siempre han estado pendiente de mí durante la lejanía de mi nación, asimismo como punto vital y académico, agradezco a la Profesora Adriana Campos Pereira, por ser pieza fundamental de dar inicio a esta linda experiencia académica, y sin duda alguna agradezco a mi orientador el profesor Post Doctor Rodrigo Reis Mazzei por todos los consejos, las ponencias, los ejemplos por el mencionados, para facilitar y hacer más didáctico el proceso de enseñanza-aprendizaje, reconozco en ambos, el grande compromiso que tienen por la academia, lo cual de manera positiva puedo confirmar que motiva y es infinitamente admirable, asimismo quiero agradecer a la institución de Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (*CAPES*) y el Programa de Alianzas para la Educación y la capacitación dela Organización de los Estado Americanos (*PAEC-OEA*) ya que me ha cambiado la vida, desde puntos profesionales, como de mi vida cotidiana, y juro que daré todo de mi para que el conocimiento desarrollado sea impartido en las facultades de derecho de Honduras como objetivo de este lindo intercambio cultural de información, y fortalecer los lazos de la academia jurídica hondureña y brasileña. Por ultimo agradezco a todo el pueblo brasileño porque sin ellos nada de todo está linda experiencia se hubiese consumado con éxito.

Gracias totales.

RESUMEN

Esta disertación tiene como objeto demostrar que la vigente acción autónoma de la prueba anticipada del Código de Proceso Civil 2015 brasileño podría ser implementada bajo la realidad jurídica del derecho hondureño sometido en el Código de Proceso Civil del año 2007, por ello contemplo la concepción de la noción de los derechos fundamentales y de la constitucionalización del proceso, partiendo de la premisa del estado democrático de derecho constitucional. El código de proceso Civil del 2015, es un compendio jurídico procesal que innova de forma considerable en sus institutos, tal es el caso de la acción autónoma de la prueba anticipada, estableciendo parámetros que rompen esquemas y erradicando la idea de solamente establecer como presupuesto de admisión la urgencia, y agregando dos nuevas hipótesis tales como verificar si existe o no posibilidad de iniciar un proceso principal o simplemente obtener información para fomentar la autocomposición entre las partes dentro de la órbita de un proceso de igualdad de armas y colaborativo. El problema de implementación se materializa al tenor que el Código de Proceso Civil del 2007 hondureño admite como único presupuesto la acción de la prueba anticipada bajo la modalidad de la urgencia, y por tanto limita el derecho constitucional del derecho a prueba que tiene todo ciudadano. Este derecho a prueba que se deriva principalmente del derecho de acción y de la defensa, son pilares fundamentales para la tutela jurisdiccional adecuada y el debido proceso, que no pueden ser violentados por ninguna norma infra constitucional como ser el caso del derecho hondureño. Al establecer un comparativo desde la visión histórica constitucional, así como el arco procesal de la prueba anticipada es como determino que la acción de la prueba anticipada puede implementarse en el derecho hondureño, dando lugar así a una innovación no solamente al derecho aludido, sino a todos aquel régimen jurídico procesal principalmente en la región latinoamericana que todavía tipifican la prueba anticipada con el único requisito de urgencia como admisión y por tanto ampliando su utilidad de pre constitución probatoria así como producción para interés de investigación e información. Es por ello que demuestro en relación a mis argumentos que la aplicación de la prueba anticipada en el derecho hondureño puede sufrir una transformación orientada en los parámetros de una acción autónoma de prueba anticipada similar a como es desarrollada en la legislación procesal vigente brasileña.

Palabras Clave: Prueba Anticipada – Derecho a Prueba – Acciones Probatorias autónomas - Código de Proceso Civil hondureño – Código de Proceso Civil brasileño.

ABSTRACT

This study analyses is to demonstrate that the current autonomous action about of the Anticipated production of evidence in Civil Procedure Law of 2015, could be implemented under the legal reality of the Honduran law submitted in the Code of Civil Procedure of the year 2007, for this reason I start from the conception of the notion of fundamental rights and the constitutionalization of the process, based on the premise of the democratic state of constitutional law. The Civil process code of 2015, is a procedural legal compendium that innovate in many of its institutes, such is the case of the Anticipated production of evidence, establishing parameters that break schemes and eradicating the idea of only establishing as an admission budget the urgency, and adding two new hypotheses such as verifying whether or not there is a possibility to initiate a main process or simply obtaining information to promote self-composition between the parties within the orbit of a collaborative and equal arms process. The implementation problem materializes in the sense that the Honduran Civil Procedure Code of 2007 admits Anticipated production of evidence under the urgency modality as the only presupposition, and therefore the constitutional and fundamental right of the right to proof that it has every citizen. This right to proof, which is derived mainly from the right of action and defense, are fundamental pillars for adequate jurisdictional protection and due process, which cannot be violated by any infra-constitutional norm, such as the case of Honduran law. When establishing a comparative from the constitutional historical perspective, as well as the procedural arc of Anticipated production of evidence determine that the action of early proof can be implemented in Honduran law, thus giving rise to an innovation not only to the aforementioned law, but to all of those procedural legal regimes, mainly in the Latin American region, that still typify Anticipated production of evidence with the only requirement of urgency as admission and therefore expanding its usefulness as a pre-evidentiary constitution as well as production for research and information interest. That is why I demonstrate in relation to my arguments that the application of anticipated evidence in Honduran law can undergo a transformation oriented in the parameters of an autonomous action of anticipated evidence similar to how it is developed in current Brazilian procedural legislation.

Keywords : Anticipated production of evidence - Right to Proof - Autonomous Evidence Actions- Honduran Civil Procedure Code - Brazilian Civil Procedure Code.

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIACIONES

ART. – ARTICULO

CF – CONSTITUCION DE LA REPUBLICA FEDERAL DEL BRASIL.

CH- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE HONDURAS

CMPCPI- CÓDIGO MODELO DE PROCESO CIVIL PARA IBEROAMERICA.

CPC -CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

CPC/1899- CODIGO DE PROCESO CIVIL DEL AÑO 1899 HONDUREÑO

CPC/1906- CODIGO DE PROCESO CIVIL DEL AÑO 1906 HONDUREÑO

CPC/1939- CODIGO DE PROCESO CIVIL DE 1939 BRASILEÑO

CPC/1973- CODIGO DE PROCESO CIVIL DE 1973 BRASILEÑO

CPC/2007- CODIGO DE PROCESO CIVIL DEL AÑO 2007 HONDUREÑO.

CPC/2015- CODIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2015 BRASILEÑO

CSJ- CORTE SUPREMA DE JUSTITICA HONDUREÑA.

LOAT- LEY DE ORGANIZACION DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNAES

STF - SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

INDICE

1.INTRODUCCION	1
2.METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION.	3
3.DERECHO FUNDAMENTAL	5
4.DEFINICION DE LA PRUEBA ANTICIPADA	9
4.1. CONCEPTUALIZACIÓN DE PRUEBA	9
4.1.1. OBJETO DE LA PRUEBA.	18
4.2. ANTICIPACIÓN	20
4.3. PRUEBA ANTICIPADA	26
4.3.1. DERECHO DE ACCION	26
4.3.2. DERECHO AUTONOMO A PRUEBA.	29
4.3.3. LIMITES DEL DERECHO A PRUEBA (Pertinencia y Licitud)	35
5.DEFINICION DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO HONDUREÑO.	38
6.DEFINICION DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO BRASILEÑO	38
CAPITULO II PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO BRASILEÑO	41
1.PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO BRASILEÑO.	41
1.1. PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO PROCESAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DEL BRASIL.	41
1.1.1. HISTORIA A GRANDES RASGOS DEL DERECHO BRASILEÑO.	41
1.1.2. CODIGO DE PROCESO CIVL DE 1939 BRASILEÑO Y LA PRUEBA ANTICIPADA.	44
1.1.3. CODIGO DE PROCESO CIVIL DE 1973 BRASILEÑO	46
2.ESTADO CONSTITUCIONAL	47
2.1. CODIGO DE PROCESO CIVIL 2015 BAJO LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA FEDERAL DE BRASIL DE 1988 (CF/88).	49
3.PRUEBA ANTICIPADA BAJO EL CONTEXTO DEL CPC/2015 BRASIL	51
3.1. EXISTA FUNDADO TEMOR DE QUE SE VUELVA IMPOSIBLE O MUY DIFÍCIL LA VERIFICACIÓN DE CIERTOS HECHOS EN LA PENDENCIA DE LA ACCIÓN.	55
3.2. II LA PRUEBA A SER PRODUCIDA SEA SUSCEPTIBLE DE VISIBILIZAR LA AUTOCOMPOSICIÓN U OTRO MEDIO ADECUADO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTO.	57
3.3. EL PREVIO CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS PUEDA JUSTIFICAR O EVITAR LA PROPOSICIÓN DE LA ACCIÓN.	58
3.4. § 1º. EL LISTADO DE BIENES OBSERVARÁ LO DISPUESTO EN ESTA SECCIÓN CUANDO TENGA POR FINALIDAD SOLAMENTE LA REALIZACIÓN DE DOCUMENTACIÓN Y NO LA PRÁCTICA DE ACTOS DE APREHENSIÓN. ...	59

3.5. COMPETENCIA.....	60
4.PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CPC 2015.....	63
5. ARCO PROCESAL, DEL INSTITUTO DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2015.....	65
5.1. SOLICITUD O PRESENTACION DE LA PRUEBA ANTICIPADA.....	66
5.2. LEGITIMACION.....	66
5.2.1. LEGITIMIDAD EN LA PRUEBA ANTICIPADA – CPC/2015	68
5.2.1.1. LAS PARTES.....	68
5.2.2. CAPACIDAD PARA SER PARTE	70
5.2.3. CAPACIDAD PROCESAL	71
5.2.4. CAPACIDAD POSTULADORA.....	72
5.3. PRESUPUESTOS PROCESALES DEL ORGANO JURISDICCIONAL	72
5.3.1. JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL	72
5.3.2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	76
5.3.3. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CPC/2015.....	78
5.4. IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL.....	79
5.5. CITACION.....	80
5.5.1. LUGAR DE LA CITACION.....	80
5.5.2. PERSONIFICACION DE LA CITACION.....	81
5.5.3. MODALIDADES DE HACER LA CITACION	81
5.5.4. EFECTOS DE LA CITACIÓN	81
5.6. DEFENSA O CONTESTACION DE LA ACCION AUTONOMA DE LA PRUEBA ANTICIPADA REGULADA POR EL CPC/2015.....	83
5.7. SENTENCIA.....	85
CAPITULO III PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO HONDUREÑO ..	887
1.PRUEBA ANTICIPADA BAJO LA LUZ DEL DERECHO PROCESAL HONDUREÑO	88
1.1. HONDURAS ASPECTOS GENERALES	88
1.2. EVOLUCIÓN GENERAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PROCESAL CIVIL HONDUREÑO.....	89
1.2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE HONDURAS REPUBLICA DE HONDURAS DEL AÑO 1880 Y EL SURGIMIENTO POR PRIMERA VEZ DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS COMUNES CIVIL HONDUREÑO DEL AÑO 1881	91
1.2.2. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1881.....	92
1.2.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO DEL AÑO 1899.....	93
1.2.4. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS COMUNES DEL AÑO 1906.....	94

1.2.5.	CONSTITUCIÓN VIGENTE DE LA REPUBLICA DE HONDURAS DE 1982 Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL VIGENTE DEL AÑO 2007	95
1.2.6.	CODIGO PROCESAL CIVIL 2007 – VIGENTE	96
2.	LA PRUEBA ANTICIPADA Y EL CODIGO PROCESAL CIVIL 2007	98
2.1.1.	TEMPORALIDAD	99
2.1.2.	HIPÓTESIS DE ADMISIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA VIGENCIA DEL CPC/2007	99
2.1.3.	LEGITIMACIÓN ACTIVA	100
2.1.4.	LEGITIMACIÓN PASIVA	100
2.1.5.	COMPETENCIA	100
3.PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA ANTICIPADA Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA.....	101
3.1.1.	ESCRITO DE PETICION.....	101
3.1.2.	DEFENSA Y RECURSOS.....	102
3.1.3.	DEMANDANTE O SOLICITANTE.....	103
3.1.4.	DEMANDADO O FUTURO DEMANDADO.....	104
3.1.5.	CUSTODIA DE RESULTADOS.....	104
3.1.6.	ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA	105
4.	¿PODRÍA LA ACCION AUTONOMA DE PRUEBA ANTICIPADA REGULADA POR EL CPC/2015 SER UTILIZADA EN LA REALIDAD JURIDICA HONDUREÑA?	108
4.1.1.	ARCO PROCESAL, DEL INSTITUTO DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2017 HONDUREÑO	109
4.1.1.1.	SOLICITUD O PRESENTACION DE LA PRUEBA ANTICIPADA. ...	109
4.1.1.4.	LEGITIMIDAD EN LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CPC/2007 ...	113
4.1.2.	PRESUPUESTOS PROCESALES DEL ORGANO JURISDICCIONAL. ...	116
4.1.2.1.1.	NATURALEZA DE LA JURISDCCION EN LA PRUEBA ANTICIPADA DENTRO DEL CPC/2007.	117
4.1.3.	CITACION.....	122
4.1.3.1.	LUGAR DE LA CITACION.....	123
4.1.4.	DEFENSA O CONTESTACION EN LA ACCION DE LA PRUEBA ANTICIPADA REGULADA POR EL CPC/2007.....	126
4.1.5.	SENTENCIA.....	127
4.1.6.	RECURSOS	127
	CONCLUSIONES	129
	REFERÊNCIA	136

1. INTRODUCCION

El derecho procesal desde sus inicios como aquella rama de la ciencia jurídica, es decir, desde el momento del alcance de su autonomía, principalmente por los procedimentalistas y por los franceses creadores del *code civile* o mejor conocido como el código napoleónico de 1804, contemplan la idea de separación tangible del derecho procesal y el derecho material¹, creado bajo aquella óptica del estado liberal recién alcanzado hacia algunos años atrás por la revolución francesa.

Sin embargo, debemos de tener claro que dicha separación no significa que tengan un rol antagónico, es decir, separadas o que caminen en vías distantes, ya que en realidad son complementarias entre sí, por ello la metodología procesal del instrumentalismo recalca la autonomía del derecho procesal sobre el derecho material, pero sin olvidar la vinculación para su mayor efectividad, por lo que el desarrollo de la ciencia procesal bajo esa adquisición de autonomía nunca descarto la obligación o función instrumental en relación al derecho material², estas funciones instrumentales o pensamientos autonomistas o también a veces llamado científicas entre el derecho procesal frente a las otras normas jurídicas³.

Por razones centrales, abarcaron a un compendio de herramientas utilizadas dentro del proceso jurídico o más específicamente dentro del proceso civil que es lo concerniente en la presente tesis, por lo que esas funciones instrumentales por su puesto toman un roll participativo para todas las partes en un proceso judicial incluyendo al juez, en cuanto al tema eminentemente procesal como lo es la prueba dentro del proceso, en este sentido hablar de prueba dentro del proceso judicial es hablar de normas del derecho probatorio, como parte directa al derecho procesal.

¹ MONTERO AROCA, Juan. *La Prueba En el proceso civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 40.

² MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al Proceso civil* T.I, Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996. v.1, p.58.

³ SCARPINELLA, Cassio Bueno. *Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.41.

Asimismo este derecho probatorio, parte de la idea de un sin números de escenarios que el mismo por su naturaleza trae consigo desde aspectos principales como la fijación del objeto del proceso, objeto de debates, hechos controvertidos, hechos afirmados, pruebas material, prueba extra procesal, clases de medios de pruebas, fuentes de prueba, pruebas directas, indirecta, típicas y atípicas en fin, por lo que la complejidad y por tanto el debido respeto de tratamiento en el desarrollo de la prueba anticipada bajo el comparativo intentare hacer la más acertada exposición de ideas y criterios para mejor desarrollo de la investigación.

El problema investigado consiste principalmente en un comparativo de derechos con la noción de demostrar que la Acción Autónoma de la Prueba anticipada tipificada en el Código de Proceso Civil del 2015 brasileño, podría emplearse dentro de la realidad jurídica hondureña sometida bajo el Código de Proceso Civil del 2007, a pesar de tener una regulación absolutamente distinta en cuanto a los criterios adoptados frente a la legislación procesal brasileña.

En este orden de ideas, en el Capítulo I desarrollare un abordaje en relación a los derechos fundamentales como óptica del global del trabajo, destacando principalmente como derechos que no pueden ser violados, en este orden de ideas elaborare en cuanto a conceptos, para ofrecer una definición teórica de Prueba, de Anticipación, como presupuesto de admisión de urgencia y por tanto de Prueba anticipada, además de establecer las premisas principales sobre el derecho de acción como fundamento principal de la prueba anticipada así como la relevancia del derecho a prueba y su relación con la prueba anticipada, con el objeto de dejar claras las premisas y diferencias de los ordenamientos jurídicos bajo análisis.

En el Capítulo II este trabajo se sustentara en el desarrollo de la acción de la prueba anticipada, en el derecho procesal brasileño, por lo que abordare, desde una expresión sucinta histórica procesal y constitucional, vinculado con criterios bajo el prisma de su constitución respectiva vigente, hasta llegar a el abordaje de los criterios constitucionales, modalidades de estado, tipos de democracia y reconocimientos de derechos fundamentales como garantías constitucionales procesales en el sentido de la relación con las normas procesales vigentes y la constitucionalizacion del derecho procesal.

Además de desarrollar como se ha venido expresando la prueba anticipada en el derecho brasileño y su legislación procesal hasta la llegada del Código de Proceso Civil del 2015 brasileño, asimismo explicare el arco procedimental procesal de la prueba anticipada, es decir estableceré los criterios desde su naturaleza, presupuestos de admisión, requerimiento, valoración, y sentencia, con el objetivo principal de hacer más didáctica el Comparativo con el derecho hondureño.

En el Capítulo III centrare mi investigación al instituto jurídico procesal de la Prueba anticipada regulado por el Código Procesal Civil hondureño del 2007, haciendo énfasis en que abordare un aspecto histórico sucinto del derecho Constitucional y procesal hondureño hasta la llegada de los compendios jurídicos vigentes, asimismo establecer como viene siendo desarrollado el instituto de la prueba anticipada en todas las legislaciones procesales del derecho hondureño.

Llegando al Código Procesal Civil hondureño del 2007 vigente, me centrare en explicar cuál es el procedimiento de la prueba anticipada, asimismo concentrarme en el establecimiento del arco procesal de este instituto, basándome en los mismos criterios del Capítulo II, en cada uno de sus pasos, por lo que al terminar de la brecha abierta para el análisis y las conclusiones del respectivo comparativo.

Por último, presentare las conclusiones, analizando ambas legislaciones, extrayendo, diferencias, similitudes, y criterios, por lo que el resultado se centrara en la respuesta si la acción autónoma de la prueba anticipada brasileña puede o no, implementarse en la realidad jurídica hondureña, a pesar de tener presupuestos de admisión distintos, y estar sometidos bajo diferentes regímenes constitucionales y de derecho interno.

2. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION.

El método comparativo en cuanto se habla de actividad de cognición es parte inherente al proceso de construcción del conocimiento en todas las áreas de la ciencia social⁴.

⁴ SCHNEIDER, Sergio. SCHIMITT, Cláudia Job. O uso do método comparativo nas Ciências Sociais. *Cadernos de Sociologia*; Porto Alegre, 1998. V.9 p.49-87. Disponible en:

El camino seleccionado para desarrollar la presente investigación, es el método comparativo, debido a la ardua necesidad de observación sensorial y análisis de la comparabilidad de figuras jurídicas dentro de ambos contextos jurídicos, en base a este método es como pretendo obtener tener las cualidades necesarias que sean arrojadas dentro de un resultado que sea objetivo, con la finalidad de generar, sugerencias, críticas, y propuestas para ambas legislaciones bajo análisis, estableciéndolas en contraposición, en base a un criterio descriptivo de cualidades.

La génesis en cuanto del derecho procesal Hondureño como del Derecho Procesal Brasileño son las mismas, por ser parte del derecho romano- Germánica, sin embargo en una determinada época de la historia la división por cuestión de culturas, colonización, que serán desarrolladas con más precisión más adelante, muestra que los patrones fueron desenvolviéndose de manera distinta, por lo que esa peculiaridades de cada derecho serán las que consagren, el aspecto toral de fundamentación del método empleado.

El método comparativo por su naturaleza es un método que analiza relaciones de factores principalmente entre fenómenos, con semejanzas por su naturaleza, conservando sus fieles características distintas por sus diversas causas, es decir, con escenarios distintos de desarrollo tiene como herramienta principal y fundamental ese punto analítico orientado a la comparación y descubrimiento el cual arroja un resultado, con las convergencias de teorías que serán el acápite y centralización de los fundamentos empleados en la investigación, la variabilidad y la complejidad que el proceso comparativo contrae por sí mismo a través del énfasis de los posibles aportes jurídicos que puedan ser expuestos.

Al final lo que pretendo es encontrar aquellos puntos convergentes, semejanzas analógicas, diferencias, y por supuesto oposiciones evidentemente antagónicas, para ello pretendo hacer una inmersión tangible del campo fenoménico de estudio, así como desarrollar y establecer de forma clara los temas emergentes que giran en torno al derecho procesal o más específicamente al derecho probatorio y la institución de la Prueba anticipada, por lo que la generación de conocimiento a través de la compatibilidad de semejanzas y diferencias con el destino de conocer aspectos desconocidos a través de

https://www.academia.edu/5815441/O_uso_do_m%C3%A9todo_comparativo_nas_ci%C3%A2ncias_sociais. Último acceso: 15 Feb. 2020.

aportes que viene siendo discutida por la doctrina, para aportar un grano en desarrollo de conocimiento a la academia jurídica.

El método comparativo jurídico, es un método que encaja fuertemente en la naturaleza de esta investigación, en el sentido que ambos derechos juegan un rol, económico, político, social, como escapes de la jurisdicción como elemento principal de la teoría de proceso, asimismo como un aspecto político jurídico peculiares, además de tener compendios jurídicas temporariamente cercanos por lo que su análisis comparativo contribuye a arrojar datos relevantes al estudio del derecho probatorio y el derecho procesal.

Además de esa semejanza a través de este método comparativo jurídico podremos tener la opción de comprobar la validez, la eficacia de ambos ordenamientos jurídicos en cuanto a la figura jurídica de la prueba anticipada y si realmente sus diferencias están funcionando, así como sus semejanzas, o por otra parte fracasando en la realidad jurídica y social de cada nación, además de ayudar a entender los fenómenos socio jurídicos que ambas legislaciones desde el momento de su creaciones traen consigo al entrar en vigor y al momento de su práctica.

3. DERECHO FUNDAMENTAL

Asimismo, quiero enfatizar que el rol natural de la prueba se centra primordialmente como una actividad verificadora, teniendo sus limitaciones dentro del derecho del proceso civil en base a los hechos que las partes aportan, esto como regla general, sin embargo veremos al desarrollo de este trabajo que al final en el caso de la acción de prueba anticipada pareciera no solamente tener esas características si no también tener dotes de otra índoles.

Por esto, como punto de partida, la investigación se centra bajo la óptica actual que parte de los estados, es decir, originariamente en los ordenamientos jurídicos que son objeto de análisis bajo la figura del derecho comparativo, que será desarrollada bajo el sistema del estado de derecho constitucional y por consiguiente en una lógica principal de los derechos fundamentales.

En primer lugar es obligatorio destacar la vital conexión que existe entre el derecho de proceso con el derecho constitucional, entendiendo que el primero son el complemento

necesario para las leyes constitucionales y por tanto todas las garantías que en ella se consagran⁵ Dentro de esas garantías se encuentran los derechos fundamentales.

En esta misma lógica el respeto y desarrollo de los derechos fundamentales es obligación por todos los sectores desenvueltos bajo su jurisdicción, con la idea de la armonía y la construcción que otorgue una función a los derechos fundamentales no solo como control de actividad del poder público sino también como una herramienta que ofrece a la sociedad proteger sus derechos, particulares o colectivos y desarrollar las vías para el alcance satisfactoriamente⁶.

Los derechos fundamentales es una clara expresión de bienestar común ya que crean presupuestos de libertad y dignidad humana⁷. Por ello es relevante hacer hincapié en que en el derecho procesal civil dentro del el estado constitucional de derecho y democrático deben de armonizarse en cuanto a la búsqueda del cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales, así como expresa el profesor Cassio Scarpinella Bueno “[...] En forma bien directa el derecho procesal civil y todos sus institutos deben ser comprendidos de manera que pueda realizar los derechos fundamentales tal y como son asegurados desde el plano constitucional”(traducción nuestra)⁸.

En este sentido la delicada línea de la interpretación constitucional bajo los principios y normativas del derecho procesal civil deben de ser siempre bajo la óptica señalada, por lo que la presente tesis se concentra en esa visión total del respeto y el camino de los derechos fundamentales.

Esta visión es de acuerdo a la interpretación de manera material del orden constitucional en base de las categorías de los derechos fundamentales, es decir que los derechos y garantías fundamentales pueden admitirse la existencia de derechos fundamentales aunque no estén tipificados de forma directa en el texto constitucional o

⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004. Vol. 113, p. 9 – 21. p.1. Disponible en: [https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001709bc2c0faa9382c23&docguid=11cf37230f25611dfab6f0100000000000&hitguid=11cf37230f25611dfab6f0100000000000&spos=12&epos=12&td=22&context=29&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001709bc2c0faa9382c23&docguid=11cf37230f25611dfab6f010000000000&hitguid=11cf37230f25611dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=22&context=29&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1). Último Acceso en: 20 feb 2020.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil-Teoria do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2017. V.I p. 79.

⁷ OLIVEIRA, Op. Cit. p.2.

⁸ SCARPINELLA, Op. Cit. p 56.

sea aquellos derechos que por su naturaleza envuelven situaciones de alteración la sociedad y el estado y más aquellos que están intrínsecamente relacionadas al proceso⁹

De esta manera lo concerniente a la presente tesis son los derechos fundamentales procesales o del proceso¹⁰, por ello el derecho a la tutela efectiva por parte del estado debe de estar en concordancia con los derechos fundamentales, de forma que aquel se estructure para que, el estado a través de sus órganos otorguen las herramientas para la efectividad de estos derechos, es decir en este caso aquellas reglas procesales específicas para su eficacia como ser por ejemplo la igualdad de las partes, principio del contradictorio, cooperación y derecho de acción y derecho a prueba¹¹.

Expuesta la situación en cuanto a la necesidad de los derechos fundamentales y su relación con las normas procesales, es de suma relevancia prestar atención sobre el desarrollo del tema de la prueba anticipada en cuanto a su fundamentación y relación con el paradigma de los derechos fundamentales.

El desarrollo principal de la prueba anticipada, como aquella figura procesal radica esencialmente en el derecho constitucional de la acción, el cual se encuentra tipificado en las cartas magnas de los derechos que serán objeto de análisis, valiéndose de esta forma el trabajo desenvuelve la teoría de la acción como derecho y el aporte que este hace para el surgimiento de la prueba anticipada y su naturaleza de derecho a prueba y por tanto el conocimiento de su naturaleza.

Es evidente que la conexión entre el derecho de acción, el derecho a prueba y el derecho autónomo, como uno de los sectores para estimular los caminos para la eficacia de la tutela judicial efectiva, sea desenvuelta como requisitos para el fundamento de la prueba anticipada, es decir, la naturaleza y el fundamento de la prueba anticipada como tal encuentra su raíz y naturaleza en el derecho autónomo ya reconocido por el derecho de acción mismo como se consagran en las constituciones bajo la figuras de los derechos fundamentales, por ello,

[...] La medida probatoria autónoma encuentra su fundamento bajo el poder en el derecho de acción que tiene el poder suficiente para autorizar al interesado sin propiamente invocar la declaración de derecho material en un

⁹ MARINONI, Op. Cit. p.80.

¹⁰DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito Processual civil introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. 14. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. V.I. p.40-41.

¹¹ Id. 2012. p. 41.

caso concreto, para postular una actuación estatal orientada a la búsqueda, producción de providencias de una instrucción¹². (Traducción Nuestra).

El desarrollo de esta temática por sus características es de mayor delicadeza, por lo que su desarrollo se presentara más adelante en la presente tesis.

Actualmente el CPC/2015 es decir el código de proceso civil Brasileño¹³ viene innovando en muchas de las figuras procesales insertadas en el mismo, le llamo nuevo por razones de su reciente vigencia, asimismo es obvio el estudio por grandes juristas que vienen trabajando desde hace varios años en este proyecto, una de esa figuras a destacar es la prueba anticipada, que fue cambiando muchos Sus aspectos en sus respectivos procesos es decir el Código de Proceso civil de 1939 brasileño¹⁴ y por obvias razones el sucesor de este el Código de proceso Civil de 1973 brasileño¹⁵.

Estos cambios radican principalmente en otorgarle una naturaleza orientada en la fomentación de la autocomposición, competencias, plazos, efectividad, y un carácter eventualmente más práctico. Así mismo, estos atributos serán objeto de un exhaustivo análisis y sobre todo un comparativo en ambos derechos. Con la noción de verificar como trabajan estos elementos frente al código procesal civil del 2007 de la república de Honduras¹⁶, construyendo, dentro de lo posible propuestas, críticas y mejoras.

El estudio de estas dos normativas abarca un estrecho camino histórico desde su influencias principales tales como el derecho portugués, el derecho español y por supuesto la doctrina Francesa, Italiana y Alemana e incluso cuerpos jurídicos de origen *Common Law*, como factores denominadores para la creación de estas normativas jurídicas.

Asimismo apoyándome de la doctrina en materia probatoria y teoría general del derecho procesal, para el fortalecimiento de los argumentos, críticas constructivas, sugerencias para intentar alcanza la finalidad de a través de lo abordado fortalecer ambos derechos.

¹²YARSHELL, Flavio Luiz. Comentários Produção Antecipada da Prova. In: ALVIM, Teresa Arruda Wambier, DIDIER JUNIOR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2015. p.1027.

¹³ En adelante CPC/2015.

¹⁴ En Adelante CPC/1939.

¹⁵ En Adelante CPC/1973.

¹⁶ En Adelante CPC/2007.

4. DEFINICION DE LA PRUEBA ANTICIPADA

Hasta este punto ya hemos abordado los márgenes y metodología de cómo será desarrollada el monte de conocimientos jurídicos a exponer, por esta razón ahora tratare de definir los conceptos principales de las figuras jurídicas pertinentes con la finalidad del mejor entendimiento del producto final de la presente tesis, es menester señalar que para la definición concreta de la prueba anticipada se depende una cantidad grande de preceptos jurídicos y que de ellas se desarrollan un sin número de interpretaciones, por lo que su confección hace mucho más rigurosa la elaboración de la definición como tal, por ello intentare primero definir la prueba como un aspecto general y luego dentro del campo del derecho procesal para luego proseguir con la anticipación y Derecho a Prueba, y con ello otorgar la definición de la prueba anticipada dentro del CPC/2015 brasileño y el CPC/2007 hondureño como figura jurídica procesal.

4.1. CONCEPTUALIZACIÓN DE PRUEBA

Los problemas de los debates en cuanto al concepto de prueba no solamente radica en buscar definiciones generales sobre prueba si no que lo primero es enfocar el concepto de prueba en base a un dialogo procesal, es decir dentro de la perspectiva dialéctica del proceso, todo esto iniciado bajo un proceso mismo que en teoría será finalizado por una resolución de un órgano jurisdiccional como ente imparcial tercero, esto entendiendo una suficiente delimitación por el extenso monte de significados que puede llegar a tener este término, por lo que se plantea la posibilidad de que la solución eminente para el abordaje del concepto de prueba sea algo no solo teórico, si no que principalmente practico¹⁷.

A lo largo del desarrollo del derecho procesal y más propiamente derecho probatorio se viene manejando dos contextos principales para la doctrina en cuanto a la prueba se refiere, la primer visión abordada es realmente si la concepción de la prueba está orientada en la diferenciación obligatoria de la prueba en sentido común o en general así como la prueba en sentido eminentemente jurídica.¹⁸

¹⁷REICHELTL, Luís Alberto. *A Prova No Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.45.

¹⁸ Lo que denominaba principalmente Carnelutti en su obra, resaltando la existencia y utilización de la de la prueba basado en la óptica del lenguaje común y otro concepto de prueba cuando esta era desarrollada o producida dentro de un proceso judicial. CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Trad. Por Lisa Pari Scarpa. 4. Ed. Campinas –SP: Bookseller, 2005. p.67.

Sin duda, la ambigüedad de la conceptualización del término prueba, es una particularidad que este término tiene, desde su sentido no solo gramatical semántico y todo lo que ello significa, por ello es un término tan extenso que la idea de la palabra prueba, se extiende en todas las manifestaciones del ser humano¹⁹.

La dificultad del tema probatorio en cuanto existencia de falta de prueba en caso de la delimitación en una Litis²⁰ dentro de un evento social ajeno a lo que hoy conocemos como un proceso judicial siempre es un reto²¹

De esta forma es que el tema de prueba entra dentro de un campo interdisciplinario por lo que centrarla en una sola disciplina, sería absolutamente inverosímil²², es decir la ubicación de la prueba Puede plantearse desde aspectos históricos hasta científicos, y por supuesto académicos entre otros.

En este orden de ideas lo concerniente a la presente investigación es respectivo a la denominación de la prueba dentro del procedimiento judicial, es decir dentro de aquellas reglas que conforman el derecho procesal probatorio, es decir reglas, normas y principios de carácter de derecho procesal formal, que engloban mandatos, pasos o directrices para la legítima producción probatoria. Ya que los individuos presentan sus instrumentos para probar sus peticiones la hacen frente al poder judicial, utilizando precisamente instrumentos procesales regulados por aquellos mandatos, de ahí la lógica de la clásica frase en latín *Da mini Factum, dabo tibi jus*. Dame los hechos que yo te daré el derecho²³.

Dejando claro esto es por consiguiente en relación a la pluralidad de significados del término de la prueba, se viene manejando la noción de la prueba cuya etimología se deriva del latín *Probatio* que significa ensayo, verificación, inspección, examinación, asimismo la palabra se deriva de su homóloga *probare* que significa probar, ensayar, verificar, reconocer por experiencias, aprobar, estar satisfecho con alguna cosa, persuadir,

¹⁹ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 1981. T.I. p.13.

²⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 40. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.445.

²¹Es menester mencionar que la Prueba aun dentro del amplio universo del derecho encuentra una fuerte discusión para encontrar su naturaleza o criterios, ya que la misma doctrina con fuertes argumentos plantea que la prueba puede ser por una parte de derecho material, por otra parte de derecho procesal y por otra parte de ambas, sin embargo para la relevancia y la lógica de este trabajo estudiaremos a la prueba desde la óptica del derecho procesal.

²²DIDIER, Fredie Jr. SARNO, Paula Braga. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual- Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria Do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação Dos Efeitos Da Tutela*. 5. ed. Salvador; Jus Podivm, 2010. V. II. p.17

²³ CARCAMO, Hernan Tercero. *La Prueba En Materia Civil en la Legislacion Hondureña*. Honduras Tegucigalpa: Editorial Universitária. 1990. p. 16

demostrar²⁴, en este orden de ideas el profesor Andrea Proto Pisani define que la prueba analíticamente puede indicar: el instrumento de conciencia del hecho²⁵(Traducción nuestra), asimismo el Profesor Mario Conté, define la prueba como término que comúnmente indica aquel instrumento procesal que la parte lleva para sostener la validez de la propia posición procesal en un juicio.²⁶ (Traducción nuestra) Y siguiendo este mismo contexto el profesor Vicente Greco Filho define a la prueba como un elemento que puede llevar el conocimiento de un hecho a alguien²⁷ (traducción nuestra).

Por ello el sentido pareciera que al englobar la prueba como un instrumento, mismo que tiene como soporte relacionado a un aspecto cognoscitivo de validez, para mostrar como sucedió un determinado hecho.

Por ello pareciese que el profesor Luigi Paolo Comoglio al contemplar la prueba dentro de la terminología técnico jurídico, la define como la demostración de la existencia de un hecho jurídico²⁸(traducción nuestra). Frente a esto tenemos expuesto elementos, que hacen considerar la prueba dentro del proceso judicial, como un instrumento de soporte cognoscitivo para demostrar la existencia de un hecho jurídico.

Al entrar en juego la figura del hecho jurídico, Pontes de Miranda denomina a la prueba como “ A prova se-refere a fatos; Por tanto: a elementos do suporte factico, ao suporte factico e aos fatos jurídicos que de suportes facticos resultam ”²⁹, Siguiendo este orden de ideas, los hechos jurídicos, son los que se encuentran contemplados en la norma jurídica, de los que se extrae una consecuencia jurídica, que es en lo que el actor se basa para realizar su pretensión que será reconocido o no a través de una sentencia³⁰.

Si ese soporte de hechos, entendido como un instrumento cognoscitivo que se centra en la demostración de ocurrencia de los hechos jurídicos, dentro de los cuales plantea una pretensión que será reconocida o no por una sentencia. Surge una pregunta, ¿en qué se centran esos criterios cognoscitivos que las partes traen al proceso judicial?,

²⁴ AMARAL, Moacyr Santos. *Prova Judicial No Cível E Comercial*. 5.ed. São Paulo; Saraiva, 1983. V.I. p.1

²⁵ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 5ta. ed. Napoli: Jovene editore, 2006. p. 404

²⁶ CONTE, Mario. *Le Prove Civili – Trattati a cura di Paolo Cendon*. Milano: Giuffrè editore, 2005. p.5.

²⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual civil Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V.II. p.195.

²⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili – Il Diritto Attuale*. 2ª. ed. Torino: UTET, 2004. p.3.

²⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T.III 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.311.

³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 24. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. V.II. p.339.

para esto el profesor Juan Montero Aroca define que para la determinación de la prueba en nuestros derechos positivo indudablemente se debe de considerar que “En el proceso las partes realizan una serie de afirmaciones de hechos, que son las causa de pedir de su pretensión y de su resistencia, pero la actividad probatoria se refiere únicamente a aquellas afirmaciones controvertidas”³¹.

Por ello toda pretensión depende de hechos en la cual se fundamenta, por ello el autor afirma esos hechos, estableciendo las respectivas consecuencias jurídicas, que forman parte del resultado de su petitorio para su tutela jurisdiccional³², Como vemos esos instrumentos cognoscitivos son traducidos a afirmaciones hechos dentro del proceso judicial, entendiendo los hechos afirmados cuando son reconocidos por ambas partes dentro del proceso judicial como tema de prueba.

En esta lógica estaríamos hablando que la prueba como un instrumento cognoscitivo traducido a las afirmaciones de los hechos llevadas por las partes, que se centran a la demostración de la ocurrencia de determinados hechos jurídicos en lo que se plantea una pretensión que será o no reconocida por una sentencia, misma que dicho sea de paso, estará elaborada por un juez que en su momento procesal oportuno hará uso de los poderes instructores otorgados por la ley para efectivizar la sentencia.

En esta misma lógica Daleprane define a la prueba como un aspecto fundamental del proceso, una vez que la justa composición de la Litis sea alcanzada solamente si existe una correcta instrucción probatoria³³. (Traducción libre.)

Además de ello la prueba en un sentido más estricto, entendido por una parte de la doctrina del derecho probatorio, en tres principales escenarios, como demostración, con la idea de, probar es demostrar la ocurrencia de un hecho, como experimentación, entendiéndola como una prueba para comprobar o corroborar la veracidad de las hipótesis o hechos confirmatorios dentro de un proceso judicial y como desafío o competición,

³¹ AROCA, Op. Cit. p.38.

³² CINTRA, Antônio Carlos De Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 29ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.385.

³³ DALEPRANE, Cristina Passos. *Poderes Probatórios do Juiz no Processo Coletivo*. 2012. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Processual Civil, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2012. P.17 Disponible en: http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/2726/1/tese_5698_Dissertacao_Ufes_Cristina.pdf. Ultimo Acceso 21 Feb 2020.

entendiéndolo como un obstáculo, superándolo para la verificación de los hechos confirmatorios en Litis³⁴

En este sentido, la prueba tiene que ser introducida al proceso judicial por las partes, como los actores que mejor saben sobre los hechos, sobre lo que se basa la Litis, a este aspecto se le conoce como la prueba como actividad³⁵.

Lo que concuerda con lo que la doctrina mayoritaria en relación a entender la prueba no solo como una *actividad* si no como un *medio* y como un *resultado*.

Palacio contempla esta idea e indica conceptos jurídicos de prueba con estas características, manifiesta que la expresión de “Prueba” en *Latu Sensu*, tiene tres significaciones fundamentales, es decir como actividad que se despliega durante el proceso por obra de las partes y órgano judicial, así mismo por actividad en lo concerniente a los sujetos procesales de llevar para el proceso los hechos que son relevantes para la decisión de la causa³⁶, como medio, es decir como un conjunto de modos y operaciones de las que se extraen elementos para la convicción judicial³⁷, y como un resultado, precisamente orientada para la convicción judicial³⁸ y con mismo sentido del resultado de la actividad de las partes y demás sujetos procesales³⁹.

Sin embargo hay autores que vienen sustentando una teoría contenciosa en base aquella idea, es decir para Eduardo Cambi, “la prueba como actividad es un tipo de sinónimo de una instrucción, realizados por todos los involucrados dentro de un proceso judicial es decir las partes y el juez en sus debidos momentos con la única finalidad de la reconstrucción de los hechos del litigio” (Traducción Nuestra)⁴⁰

³⁴DASSIE, Mateus Vicente Noronha. Produção antecipada de provas como instrumento de auto composição. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2. ed. Londrina PR: Thoth, 2017. p. 383.

³⁵ AROCA, Op. Cit. p.38

³⁶ CABELEIRA, Carlos Vinicius Soares. *Prova Ilícita no Processo Civil*. 2010. Dissertación presentada al Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010. p.13. Disponible en: http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/2707/1/tese_3924_dissertacao%20carlos%20cabeleira.PDF. Último acceso 15 feb 2020.

³⁷ También En este mismo sentido su homólogo Argentino Vescovi denomina a la prueba como “ Un medio de verificaciones sobre las proposiciones de los litigantes”. VESCOVI, Enrique. *Código General del Proceso*. T. IV. Buenos Aires: Abaco, 2015. p.26.

³⁸ PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. T. IV. 3ra ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Lexis Nexis, 2005. p.321.

³⁹ CABELEIRA. OP. Cit. p.13.

⁴⁰ CAMBI, Eduardo, *Derecho Constitucional a Prova no processo civil: Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001. p.48.

Por otra parte, la existencia de los modelos que hasta el día de hoy aún tienen relevancia y son objeto de estudio y de análisis, es el profundo trabajo que el jurista Alessandro Guilani propuso en cuanto a otorgar la función de la prueba dentro de dos modelos, el modelo demostrativo cuyo origen es del derecho romano-germánico, surgido del iluminismo y el racionalismo con una idea objetivista así como científica y por otra parte también propone un modelo denominado por persuasión, entendiendo este concepto más clásico, que domino principalmente en las edades oscuras como la edad media, teniendo principalmente su origen en el derecho de “*Common Law*”, bajo la idea de la argumentación, retórica y problemática⁴¹. Dicho sea de paso estos caracteres han tomado el posicionamiento de la doctrina sobre derecho procesal probatorio de origen principalmente de *Common Law*, por tanto sea para el derecho brasileño y al tenor que se encuentra en la misma lógica el derecho hondureño como caso concreto.⁴²

Por ello, en cuestión de análisis en derecho probatorio ha sido el modelo clásico presenta la prueba como una forma de representar los hechos como un instrumento de probar demostrativamente los hechos y la otra postura es sobre probar las alegaciones de los hechos, con la finalidad de otorgar al orden epistemológico científico una verdad de los hechos relevantes dentro del litigio para que en un futuro se realice la decisión. Tema que cabe destacar a sido fuertemente discutido por posiciones antagónicas en la doctrina.

A lo largo del desenlace jurídico se viene discutiendo en base a las necesidades que la comunidad en procesos judiciales demanda de fundamentos por grandes juristas de un nuevo modelo probatorio es decir un entendimiento contemporáneo de la lógica del concepto de prueba y por tanto su función, este modelo denominado por la argumentación, como es claro en el contexto nacional brasileño predomina la función del modelo probatorio por demostración⁴³ basado en la grande premisa del profesor Cândido Rangel Dinamarco “Probar es demostración y probar es demostrar”⁴⁴ (traducción libre).

41 GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971. p. 11-18.

42 GOMES, Camilla de Magalhães. *A Prova No processo Coletivo – teoria dos modelos da prova aplicada ao processo coletivo*. 2009. Disertacion Presentada al Programa de Pós Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo. 2009. p.50. Disponible en:http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/2692/1/tese_3172_dissertacaocamillagomes.pdf. último acceso 12/12/2019.

43 ZANETI, Hermes Jr. *A constitucionalização do processo, o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2 ed. Porto Alegre: Atlas, 2014. p.93.

44 DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. V.III. p.43.

Por lo que respecta al derecho hondureño pareciese adecuarse a estos mismos lineamientos.⁴⁵

Frente a esta postura existe otra posición en donde contempla el modelo por argumento, por lo que el jurista Michell Taruffo manifiesta que para definir a la prueba dentro del orden jurídico debe contemplar dos elementos primordiales, “[...]la presencia de una disciplina jurídica de la prueba y el hecho que sirve a fines típicamente jurídicos en contexto del proceso⁴⁶ (traducción nuestra) de esta forma es clara la visión del autor aludido en el sentido máximo de englobar la prueba bajo una órbita jurídico procesual, dejando clara la diferencia de lo que podría confundirse con una prueba científica de otra rama natural o de la comparación con la prueba histórica o del juez y el historiador.⁴⁷

En el contexto del derecho judicial la prueba contempla la importancia de las reglas reguladoras del termino prueba en etapas ejemplo de ello es las etapas de la admisión, producción y su valoración, de la diversidad de medios de prueba⁴⁸

Además de esto Taruffo viene desarrollando la noción de prueba desde la perspectiva o concepciones del civil Law y del Common law, la primera manifiesta que por una concepción de aspecto hermético primero el fenómeno de prueba sea comprendido en las normas de las que se ocupan en su materia, las pruebas solo son aquellas que son previstas o reguladas, en el caso de las pruebas atípicas por ejemplo que son aceptadas y por último que la disciplina jurídica de la prueba y el proceso representan un contexto completo y autónomo ante los sectores de la experiencia.⁴⁹

Por otra parte concentra la propuesta relacionada al Common Law, tiene un sentido más abierto focalizándose en que la prueba es un fenómeno que forma parte de una lógica y por tanto racional que somete aspectos regulados por la norma, la libertad de admisión de la prueba atípica, y tercero es la delicada situación que cualquier norma jurídica que sirve para una definición de la prueba en virtud de que toda cosa que pueda materializarse sirve como prueba para verificar el argumento del hecho.

⁴⁵AGUILAR, Bessy Victoria. *Proyecto fortalecimiento del poder judicial de Honduras cooperación española código procesal civil comentado honduras.- coordinador de la obra “magistrado juan miguel carreras maraña*. Tegucigalpa: Editoriales, 2009. p.167.

⁴⁶TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici, in: trattato di diritti civile e commerciale*. Milano: Giuffre, 1992. p. 310.

⁴⁷ CASTRO, Joao Mendes, *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961. p.282- 286.

⁴⁸SOLIMINE. Omar L. Díaz. *La prueba En El Proceso Civil*. T.I. Buenos Aires: La Ley, 2013. p.30.

⁴⁹ TARUFFO, Óp. Cit. p. 51.

En este sentido según Palacio la prueba se forma, “como una actividad meramente alegatoria que se complementa a través de una actitud cuyo objeto consiste en verificar la exactitud de los datos facticos que las partes incorporan al proceso a través de sus afirmaciones que conjuntamente con las alegaciones⁵⁰.

Por esta misma razón la reconstrucción del hecho esta intrínsecamente ligada a la idea de prueba, tal y como manifiesta Carlos Lessona en su definición de prueba: “Probar significa hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle seguridad al modo que el necesito de ser”⁵¹

De esta última definición podemos hacer la interpretación, primero la utilidad que el rol de la prueba tiene y el factor tiempo en cuanto la disposición de mostrarle al juez los hechos que necesitan ser probados dentro del *thema probandum*,

Es destacable mencionar que ese concepto su naturaleza fue discutida y hasta superada por la razón que el acercamiento de probar un hecho dentro de un proceso con una o varias pruebas de un hecho anterior es imposible por la naturaleza de ese hecho y de la prueba, y la verdad alcanzada a través de esa prueba sobre ese hecho, simple y sencillamente puede llegar a ser una verdad probable, mas no una verdad real o material al tenor de aceptar que el proceso tiene como una de sus finalidades descubrir esa verdad probable que es reproducida principalmente por la prueba⁵².

Por todo lo expuesto el jurista Juan Montero Aroca define la prueba como “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivara del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijaran los hechos”⁵³ en esta definición podemos contrastar varios puntos dentro de este análisis, primero entender que la prueba se desarrolla bajo un proceso civil, es decir dentro de un marco de normas jurídicas que regulen el proceso de su funcionabilidad, así mismo debe de orientarse a las afirmaciones que las partes realizaron de los hechos, para otorgar la certeza en el juzgador y este poder hacer su motivación en la sentencia, así como tener

⁵⁰ PALACIO, Óp. Cit. p.319.

⁵¹ LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Madrid: Reus, 1928. V.I. p.3.

⁵² POLASTRI, Marcellus, *A Prova Penal*. 4. Ed. Salvador; Jus Podivm, 2018, p 31-32

⁵³ AROCA, Óp. Cit. p.38-39.

muy en cuenta que la prueba no es una actividad investigadora, sino una actividad verificadora de las afirmaciones de los hechos de las partes dentro del proceso civil.

En consonancia y exponiendo la delicadeza en que estamos englobando la noción de la prueba para poder obtener nuestra definición, para Polo Tonini, “La prueba puede ser definida como un procedimiento lógico , extraído de un hecho, producido en el proceso del cual se obtiene la existencia de un hecho a ser probado y en la misma línea”⁵⁴ (Traducción nuestra) aquí se desarrolla en este concepto una idea más abierta en donde puede distinguirse la posibilidad de hablar en las fuentes de prueba, medios de prueba, elementos de prueba o resultados probatorios.⁵⁵ Fuente de prueba y medios de prueba que son absolutamente diferentes, pero que iré desarrollando en el transcurso ya que dispone una íntima vinculación necesaria con el tema expuesto en la presente tesis.

Como hemos observado hasta aquí podemos manejar una idea que la palabra prueba está en una misma sintonía que la idea de reconstrucción de un hecho, que es el de los hechos afirmados por las partes que son presentados al magistrado, en las palabras de Liebman define la prueba como “ los medios que sirven para dar el conocimiento de un hecho y por eso para llevar la demostración y para formar la convicción de la verdad de un hecho en específico”⁵⁶ (traducción nuestra) en este caso podemos percibir que el autor supra citado define la prueba directamente como un medio y no como una fuente, dando la interpretación de los medios típicos de prueba y medios atípicos de prueba, y también recoge la visión de colocar la prueba como demostración, donde enfocan a la prueba como como un mundo de reconstrucciones a un hecho pretérito intentando generar la convicción que en realidad ocurrió ese hecho.

Existe una corriente doctrinal que se contra pone al concepto empleado ejemplo de ello es la del profesor Guilherme Marinoni en coautoría con el profesor Sergio Arenhart manifiestan que: “Esta idea está superada y sepultada en otros ramos del conocimiento, no se justifica su manutención en la ciencia jurídica, ya que jamás se lograra extirpar toda la duda posiblemente existente sobre la efectiva realidad del juicio de la seguridad en cómo se llegó”⁵⁷ (traducción nuestra).

⁵⁴ TONINI, Paolo. *La prova Penale*. 2. Ed. Padova; Cedam, 1998. Pp.8-9 (traducción libre)

⁵⁵ POLASTRI, Óp. Cit. p.33.

⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5ed. Milano: Giuffrè, 1992. p.318.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. *PROVA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 57.

Por esto bajo la idea del modelo de argumentación y que la prueba está destinada no al hecho propiamente si no que bajo la idea dirigida a probar el argumento del hecho que las partes llevan frente al juez como el objeto del proceso para los autores citados la prueba la definen “ como todo medio retorico, regulado por la ley, y dirigido dentro de los parámetros fijados por el derecho y de criterios racionales, a convencer el estado- juez, de la validez de las proposiciones , objeto de impugnación, hechas en el proceso”⁵⁸ (Traducción nuestra) en esta misma perspectiva se da la evolución principal, de desarrollar nuestro concepto de prueba que a nuestro criterio se acomoda a la realidad actual de la prueba y su desarrollo dentro del proceso judicial.

De esta forma podríamos concluir que la definición de prueba para la presente investigación, dentro del ámbito judicial, son los medios y las fuentes, típicos y atípicos que tienen la función de poder materializar contenidos que puede llegar a alcanzar una verdad probable frente a demostración de los argumentos de los hechos confirmados por las partes, para la formulación de la convicción de las mismas partes y del estado juez que está administrando la Litis.

4.1.1. OBJETO DE LA PRUEBA.

El objeto de la prueba, sin duda alguna es un factor que debe de definirse en cuanto a prueba se refiere, por ello el objeto de prueba debe de ser todo aquello que se puede probar o en lo que puede recaer la prueba⁵⁹, el objeto de la prueba generalmente es contrastado con la figura del *Thema Probandum* debe entenderse como todo aquello que se puede probar pero dentro de un proceso civil, es decir dentro de un proceso bajo normativas jurídicas de índole procesal que regulen lo instructora del proceso sus límites y sus alcances.

Por esto como regla general manifiesta Palacio que el objeto de la prueba se halla constituido en los hechos invocados en las alegaciones, del proceso judicial, asimismo contempla el autor que para ser objeto de prueba. Los hechos deben ser controvertidos y conducentes y relevantes.⁶⁰

En este mismo sentido define Juan Aroca como,

“[...]el objeto de prueba en sentido técnico estricto cuando se habla de objeto de la prueba se está haciendo referencia a las realidades que en general pueden

⁵⁸ Idem. p.57

⁵⁹ ROSITO, Francisco. *Direito probatório as máximas de experiência em júzo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.30

⁶⁰ PALACIO, Óp. Cit. p.331-333

ser probadas, con lo que se incluye, primero y principalmente, todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuestos facticos del que se deriva un mandato o regla, es decir una consecuencia asimismo jurídica, pero también deben de incluirse las normas mismas por cuanto nada impide sobre ellas pueda recaer la actividad probatoria⁶¹.

Bajo esta lógica podemos establecer que también hasta el mismo derecho debe de ser objeto de prueba, existe una vertiente que se contrapone a esta última, en el sentido que el juez conoce el derecho *iura novit curia* sin embargo es claro que existen excepciones a esta premisa, es inconcebible o hasta inocente pensar que realmente el juez conoce todo el derecho, es decir el derecho internacional cuando las partes soliciten su aplicación, deberán forzosamente probar cual es la normativa aplicar, su vigencia, y porque debe de aplicarse ese derecho, lo mismo sucede con el derecho consuetudinario, donde las partes deben de cumplir probando es aplicable ese derecho y cual derecho seria.

En este orden de ideas en cuanto al objeto de la prueba Jose Carlos G Xavier de Aquino, manifiesta que todo lo que las partes desean demostrar o aquello que el juez debe conocer es lo que se denomina objeto de prueba⁶², así mismo debemos de dejar claros que es objeto de prueba dentro de un proceso civil solamente los hechos pertinentes al proceso⁶³ por lo bajo esta última idea se excluye los hechos notorios impertinentes e innecesarios, que al final son excluidos del objeto del proceso y del objeto del debate.

Para el profesor Alfredo Gozaini el objeto litigioso debe de ser neutral, indiferente a las versiones acondicionadas por las partes⁶⁴, que acondicionan sus versiones argumentativas del plano factico, en base a sus criterios y visiones que ellos tienen la libertad de plantear, lo cual puede vulnerar la eficiencia de la sentencia que se busca en razones relacionadas en cuanto a la verdad por verosimilitud de esos hechos. Por lo que es claro que no es lo mismo el objeto de la prueba jurídica (que se prueba) al objeto de la prueba anticipada producción del medio probatorio antes de la etapa procesal probatoria.

Por esto en el caso específico del proceso la prueba anticipada como veremos adelante no se hacen precisamente elementos de valoración o elementos de juicio sobre derecho material en relación a la prueba anticipada y su producción, como veremos en

⁶¹ MONTERO. Op. Cit. p. 47

⁶² AQUINO, Jose Carlos G. Xavier de. *A prova Testemunhal no processo penal Brasileiro*. 3.ed. São Paulo; Saraiva, 1995. p.10

⁶³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo Penal*. São Paulo; Saraiva, 1993. p.175

⁶⁴ GOZAINI, Oswaldo Alfredo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: Comentado y Anotado*, 2da Ed. T. I. Buenos Aires: La Ley, 2008. p.817

los capítulos de desarrollos correspondiente, si no que se limita a producir un medio probatorio en base a las hipótesis que la mismas normas procesales tipifican, al tenor de sus presupuestos, criterios y finalidad etc.

En este sentido la prueba anticipada tiene por objeto principalmente en materializar un hecho ante los órganos judiciales⁶⁵ que pueda garantizar el constitucional derecho a prueba de las partes como regla general, en el caso del derecho hondureño vigentemente con una naturaleza cautelar y en el caso brasileño híbrida, es decir cautelar y no cautelar, y la excepción es evidentemente la producción de una prueba anticipada ya trabada la Litis para el caso hondureño.

De esta forma podemos definir que el objeto de la prueba anticipada, es principalmente orientado en otorgar las posibilidades a los ciudadanos de garantizar y producir y materializar sea *ante demanda* o durante un proceso, una prueba a través de un medio de prueba sea típico o atípico, cuyo fundamento es el respeto del derecho a la prueba basado en el derecho de acción constitucional y el debido proceso. Mismo que puede ser otorgado bajo el presupuesto cautelar y para el fomento de las hipótesis de autocomposición, para verificar sus posibilidades de iniciar o no un proceso judicial o simple y sencillamente para información para las partes, respetando la licitud, la moralidad que la misma constitución contemple.

4.2. ANTICIPACIÓN

El tribunal producirá para luego formar su convicción las pruebas que las partes lleven en el momento procesal oportuno de cada proceso judicial, este definitivamente por regla general, sin embargo esta no es una regla absoluta, ya que su excepción es la prueba anticipada, al tenor que esta tiene una naturalidad de no producirse en el proceso probatorio ordinario, en virtud que se realiza o puede realizarse antes de un proceso o inclusive durante un proceso judicial pero diferente tiempo al proceso probatorio estipulado en ley, de ahí la relevancia de la anticipación en la prueba⁶⁶.

La anticipación de la prueba desde una perspectiva del derecho procesal, es sin duda un elemento que sobresale en cuanto al campo del proceso se refiere, ya que esta

⁶⁵ FALCON, Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: Comentado Anotado y Concordado*. 1. Ed. T.I. Buenos Aires; Astrea, 2006. p.885.

⁶⁶ CUELLAR, Rigoberto Cruz. *Derecho Procesal Penal de Honduras*. Tegucigalpa: Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras LITOCOM. 2004. p.461.

cuenta con una modificación del espacio y tiempo con el que regularmente debería de producirse una diligencia o acto procesal.

En cuanto hablamos de anticipación probatoria debemos de remitirnos a las clasificaciones de la prueba, en el sentido que la doctrina viene señalando una clasificación clásica, determinando la prueba que puede ser vista desde el objeto, los sujetos y la preparación es en esta última categoría, donde se encuentra la prueba pre constituida o también conocida como prueba documental o literal porque se produce por regla general en documentos⁶⁷ que en tiempo y espacio es la relevante para desarrollar en este acápite, De la prueba anticipada.

De esta forma en otras materias tal como los deportes enseñan anticipar jugadas así como en las empresas enseñan a anticiparse a futuras crisis o situaciones problemáticas posibles, con la noción de evitar aspectos negativos. Esta anticipación suele ocurrir de una forma similar en el derecho o más precisamente en la prueba anticipada. Sin embargo que es exactamente una anticipación y más contundentemente una anticipación para la producción de prueba. Siguiendo esta idea el profesor Daniel Mitidiero manifiesta “[...] La técnica anticipatoria es una respuesta a la imposibilidad de práctica de la supresión del tiempo que el proceso normalmente consume para la prestación de la tutela jurisdiccional final.”⁶⁸ (Traducción nuestra)

La real academia Española define la palabra anticipación como una Acción y efecto de anticipar o anticiparse⁶⁹. Por esto es que en el campo del derecho procesal, la anticipación juega un rol de las formalidades que el derecho contiene implícita en sus normas jurídicas, por lo que se puede percibir que la anticipación a las situaciones jurídicas siempre son aspectos de excepción y no de regla general.

La doctrina procesal Brasileña ha venido desarrollando la anticipación dentro del procedimiento, específicamente en la tutela anticipada, preventiva, o de urgencia, encontrando su fundamento en el derecho constitucional, el profesor Cassio

⁶⁷PADILLA. Víctor M. *Lecciones de Derecho Procesal Civil: Procedimientos Especiales*. Honduras Tegucigalpa: Editorial Universitaria, 1987. p.21.

⁶⁸MITIDIERO, Daniel. *Antecipação Da Tutela: Da Tutela Cautelar a Técnica antecipatória*. 3.ed. São Paulo: Editoria Revista Dos Tribunais, 2017. p.154.

⁶⁹Si bien es cierto es una fuente de lengua de origen castellano, es evidente iniciar la conceptualización de la misma por la escrita de la presente tesis. Disponible en: https://dile.rae.es/anticipaci%C3%B3n_ultimo_acceso: 7 Ene 2020.

Scarpinella Bueno, manifiesta que a partir de la CF/1988 es posible establecer dos grandes números relativos al proceso, denominándolo una parte como Jurisdicción Constitucional de las libertades y la Tutela Jurisdiccional Diferenciada mismos que encuentran su fundamento jurídico en el artículo 5 inciso XXXV de la Constitución federal brasileña, que consagra el Principio de la efectividad de la Jurisdicción⁷⁰, asimismo manifiesta que del precepto legal aludido se puede desplegar características como la tutela reparatoria y la tutela preventiva o de urgencia, la cognición jurisdiccional, la tutela anticipada y la tutela cautelar, eso con la noción de comprender los tiempos razonables del proceso que en definitiva tiene fundamental participación dentro de la ciencia procesal⁷¹

En este orden de ideas para el Profesor Humberto Theodoro Junior expresa que la anticipación en el ámbito de la prueba tiene una pretensión, misma que consiste en un aseguramiento de la prueba, es decir en una protección a la fuente probatoria y su producción a través de un medio probatorio⁷², como se puede percibir las palabras miedo, temor, peligro, imposibilidad, son palabras que precisamente pueden ser tratadas por la anticipación, por lo que son el objeto de otorgar la herramienta de anticipar una diligencia de producción de una prueba para no perderla por regla clásica tanto en el derecho brasileño como en el derecho hondureño.⁷³ En este sentido, la urgencia es la palabra fundamental para poder entender la anticipación, y más concretamente la anticipación de la prueba.

Dado que la Urgencia o temor fundado *Periculum in Mora* es el presupuesto de admisión de la prueba anticipada en el caso hondureño y uno de los presupuestos de admisión en el caso brasileño, este es un punto fundamental para entender la disposición de la acción autónoma de la prueba anticipada del CPC/2015 y su posible aplicación o no dentro de la realidad jurídica hondureña.

⁷⁰SCARPINELLA, Cassio Bueno. *Tutela Antecipada*. 2. Ed. São Paulo; Saraiva, 2007. p.10.

⁷¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e julgamento Antecipado- Parte Incontroversa da demanda*. 5.ed. São Paulo: Editoria Revista Dos Tribunais, 2002. p.16.

⁷²THEODORO, Humberto Júnior. *Processo cautelar*. São Paulo: Universitária de Direito, 1975. p.299.

⁷³ MOURA. Jose de Rocha, *Produção Antecipada De Provas*, Rio de Janeiro: *Revista de Processo*, 1980. vol.20, p.56 – 65. p.3.

Disponível:<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001709d08add773c4ac0a&docguid=I07e88640f25711dfab6f010000000000&hitguid=I07e88640f25711dfab6f010000000000&spos=13&epos=13&td=20&context=17&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Último acceso 18 Feb 2020.

La urgencia en el CPC/2007 no la engloba a una serie de supuestos como si lo hacen otras normativas jurídicas, es decir limitar los supuestos de la urgencia o limitar los medios de prueba, por lo que en ese sentido la denominación de la urgencia dentro de la prueba anticipada es amplia y otorga fundamento para la interpretación de escenarios para la admisión de diversos tipos de urgencia⁷⁴.

Por ello la Urgencia del CPC/2007 es una exigencia de tal normativa jurídica, sin embargo esta Urgencia deberá ser siempre interpretada por la naturaleza de la acción que presente el autor en cuanto a la prueba anticipada. Asimismo el CPC/2007 no limita o expresa que no se admitirá ninguna otra acción de la prueba anticipada es decir no expresa que no se admitirá una acción en donde el futuro demandante desee presentar una acción de prueba anticipada fundamentándose en la urgencia por temor no poder producirse en el momento oportuno ordinario un medio de prueba, con la finalidad de crear una autocomposición del conflicto con la parte demandada o solamente verificar si tiene chances o no de vencer en un proceso futuro, a consecuencia de que de no presentar la acción principal esa prueba anticipada no tendrá ningún valor, eso intentando establecer la similitud no tipificada y no prohibida con el CPC/2015.

Si bien es cierto el derecho Procesal busca otorgar las herramientas para instrumentalizar el derecho material, la anticipación, también es utilizada en varias figuras procesales, como las medidas cautelares, o por supuesto la prueba anticipada, con la salvedad que estas no pueden ser objeto de confusión ya que la primera es de carácter provisorio y la segunda, anticipatorio- preparatorio y de investigación. y no provisorio, Ya que perdura e inclusive puede ser hasta utilizada en otros procesos como una prueba trasladada, es decir la prueba trasladada siempre y cuando se respeten las garantías necesarias que la doctrina viene manejando para la admisión de pruebas trasladadas.

Además de ello no puede ser objeto de confusión por la naturaleza del *Periculum in mora*, tanto en las medidas cautelares como en las pruebas anticipadas y aseguramiento de la prueba *Ad perpetuam rei Memoriam*, al tenor que en las medidas cautelares el *periculum in mora* esta orientado a buscar que un proceso se desarrolle con efectividad hasta la llegada de una sentencia y mantener el objeto de la medida cautelar en una

⁷⁴ Ejemplo de esto, la regulación de la prueba anticipada en el código de proceso civil brasileño del año 1973, artículos 846 al 851.

especie de *estatus quo*⁷⁵ y en el caso de las *ad Perpetuam rei Memoriam el periculum in mora* es orientado a salvaguardar una fuente probatoria produciendo un medio probatorio para que este llegue a el momento ordinario de la audiencia probatoria y sea posible su valoración en el juicio.⁷⁶

En este mismo sentido ya se viene demostrando que la experiencia del derecho comparado al menos en el *Civil Law* latinoamericano la acción anticipada de prueba es de carácter exclusivo de índole cautelar, Honduras no es la excepción, pero con la entrada vigente del CPC/2015 brasileño podemos percatarnos que rompe esquema y trae una nueva noción de la desvinculación del *periculum in mora* como presupuesto para la admisión de la prueba anticipada⁷⁷

Brasil en el CPC/2015 otorga un derecho a prueba, evidentemente desligado del carácter cautelar como presupuesto único de admisión, por lo que otorga a los ciudadanos aquel derecho de presentar una petición a los órganos jurisdiccionales, para pre constituir una prueba para la mera obtención de la misma con una finalidad solo de investigación desligado de un proceso principal o de un derecho material y de un plazo determinado para presentar una acción principal para la eficacia de la prueba anticipada.

Este derecho a prueba, es materializado a través de la prueba anticipada, que es el nuevo rol que el CPC/2015 otorga al momento de añadir su hipótesis de formar los criterios de quien produce la prueba para verificar sus chances de iniciar un proceso o no, así como de fomentar la autocomposición, aspectos que son ignorados absolutamente por la legislación hondureña en cuanto al instituto de la prueba anticipada.

De la misma forma se puede señalar que la prueba anticipada tiene dos vertientes, el profesor Moacyr Amaral Santos, manifiesta que la anticipación de la prueba puede conocerse en dos caminos; una como prevención, y la otra como preparatoria. Asimismo

⁷⁵ BERGA, Juan Garnica. *La Prueba Anticipada y el Aseguramiento de la Prueba En El Proceso Civil*. 2017. tesis doctoral presentada en universidad complutense de Madrid, facultad de derecho: Madrid, 2017. p.186.

Disponible en: <https://eprints.ucm.es/43337/1/T38917.pdf>. ultimo acceso 10 Ene 2020.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ CABRAL, Antônio Do Passo. Efeitos Processuais da Audiência Pública. *Revista do Direito do Estado*. N 2. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p.210.

denomina dichas modalidades de prueba anticipada como *Ad Perpetuam rei Memoriam* consistentes en la preparación o en la prevención para la defensa los derechos de las partes.⁷⁸ Dentro de estos principalmente el derecho a prueba.

En ese orden de ideas la anticipación además de ser una herramienta totalmente sutil, sea desde unas nubes en el cielo con tonalidad oscura, dando así la cabida para anticipar a una posible lluvia, así como cuando un maestro de boxeo lucha, frente a un ciudadano corriente, se puede anticipar quien será el ganador, la anticipación juega un factor importante con la lógica y más con la razón que es precisamente lo que quiero desarrollar para el presente trabajo, la anticipación no siempre puede ser acertada, esto debido a simples aspectos de naturaleza y más cuando este envuelve a cosas creadas por el ser humano, por supuestas cosas creadas por la misma naturaleza ya que siempre existe roles probabilísticos, que los resultados no sean los esperados o pensados, en esta misma lógica la anticipación fue el factor principal del porqué de la creación de la prueba anticipada con la tenaz idea de evitar parámetros peyorativos.

Ahora bien, si la anticipación es una acción, es decir una forma de actuar para evitar males futuros o de Urgencia, esa lógica significaría que realmente los elementos principales de la anticipación en todo caso recaerían en, primero: en evitar un problema futuro anticipándose a hechos que pueden o con evidencia van a ocurrir. Segundo: adelantarse a la ejecución de algún hecho que en un futuro no podrán hacerse. Tercero: el destacar su naturaleza anticipatorio - Preparatorio, investigativo y no provisorio.

Como bien se plantea la idea principal de una anticipación es concentrarse en evitar, y cuando hablamos de evitar tiene una directa relación de algo peyorativo, perjuicio o afectación, de esta forma entonces la anticipación dentro del aspecto jurídico tiene su focalización en evitar un daño dentro de nuestro derecho probatorio o más específicamente nuestro derecho a prueba.

Desde esta visión podemos percatarnos la utilidad de la anticipación en cuanto a la prueba anticipada hacemos mención a prever esas futuras actividades y entendemos el verdadero sentido y naturaleza de la prueba anticipada al mismo tiempo vamos enfatizando lo que el derecho positivo viene tipificando, todo esto en relación a entender la prueba anticipada como una herramienta de autocomposición, es decir en entender que

⁷⁸AMARAL, Óp. Cit. p.316.

esta figura jurídica tiene como uno de sus sustentos poder ofrecer las posibilidades bajo la idea de iniciar o no un proceso futuro, fomentar los chances para consumir la autocomposición, y de otorgar los criterios a las partes (investigación), así como la innegable característica cautelar que es inseparable de la prueba anticipada, Esto como innovación dentro del CPC/2015, ya que el CPC/2007 no lo regula de esa forma, asimismo no lo prohíbe de esa forma, como se verá con mayor atención en los acápite siguientes.

4.3. PRUEBA ANTICIPADA

Una vez definiendo lo que es prueba y dejar los lineamientos por lo que se entiende por anticipación, es menester en este acápite formular un concepto en relación al objeto principal de la presente investigación de la prueba anticipada, para ello es suma importancia desarrollar como es conocida la prueba anticipada en la legislación procesal de las naciones bajo análisis.

El concepto de la prueba anticipada por su naturaleza su conceptualización se encuentra regulada bajo el título de las pruebas pero en diferente posición de los medios probatorios, esto por supuesto tiene un orden cronológico ya que la prueba anticipada no es un medio de prueba como tal, y que su fundamento principal radica en el derecho de acción del cual se deriva en el derecho a prueba y por tanto derecho autónomo a Prueba.

Por ello es que su desarrollo va a estar determinado a lo que la teoría de acción, y el derecho autónomo a la prueba y el derecho a Prueba. Determinen, para ello comenzare a desenvolver la teoría derecho de acción y luego el derecho a prueba, y el derecho a prueba autónomo, para poder al final brindar un concepto integro de la prueba anticipada que es lo que se estima de interés para la presente investigación.

4.3.1. DERECHO DE ACCION

El derecho de acción es un instituto jurídico fundamental en cuanto a derecho procesal nos referimos, su bordaje tiene un largo recorrido estudiado intensamente por la mayor parte y grandes juristas de derecho procesal alrededor del mundo.

El derecho de acción tiene una función como garantía del debido proceso, del cual también se deriva el derecho a la defensa, es decir el derecho de acción, recae en un poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho para petitionar a los órganos jurisdiccionales la

satisfacción de una pretensión⁷⁹ así mismo el derecho de acción esta fundamentalmente relacionada con el derecho constitucional, y por el derecho de acción que existe el proceso⁸⁰

El derecho de acción encuentra su fundamento bajo la óptica de la constitución de la republica brasileña del año 1988 en el artículo 5 inciso XXXV Art. 5

[...]Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: inciso XXXV” a lei não excluirá da apreciação do Poder Judicial lesão ou ameaça a direito⁸¹

Así como en el derecho hondureño encuentra su fundamento en el art 80 de la CH que reza lo siguiente *art 80*, “Toda Persona o asociación de personas tiene el derecho de presentar peticiones a las autoridades ya sea por motivos de interés particular o general y de obtener pronta respuesta en el plazo legal”.⁸²

Couture definía la acción como “El poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.”⁸³ El autor citado otorga esa funcionalidad activa del ser humano, digo activa en el sentido que donde existe seres humanos y por tanto existe intercambio de bienes, servicios, obligaciones etc, generalmente ocurren situaciones de conflicto y eso es algo normal y consuetudinario en las sociedades, en este sentido esa pretensión activa que está arraigada a un conflicto jurídico tiene esa disponibilidad para acceder como derecho al poder judicial.

El derecho de acción siempre se dirige en contra del estado y nunca en contra del demandado⁸⁴ En este mismo orden de ideas podemos percatarnos el rango constitucional que tiene el derecho de acción como fundamento y noción, ya que este se extendió como una situación jurídica constitucional que confiere a su titular un derecho un proceso

⁷⁹COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque De Palma, 1958. p.56.

⁸⁰VARELA, Casimiro A. *Fundamentos Constitucionales Del Derecho Procesal*. Buenos Aires: AdHoc Editoriales, 1999. p.115.

⁸¹BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Artículo 5 incisos XXXV.

⁸²HONDURAS. Constitución (1982). Constitución de la Republica de Honduras. Tegucigalpa; OIM, Decreto 131 del 11 de Enero de 1982 Publicado en el Diario Oficial la Gaceta no. 23,612 del 20 de Enero. Artículo 80.

⁸³COUTURE, Op. Cit. p.57.

⁸⁴GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Campinas São Paulo: Bookseller, Tradução por Lisa Pary Scarpa. 2003. p.131.

debido, adecuado tempestivo, efectivo y leal, en que se respeten todas las garantías procesales, contradictorio, juez natural, prohibiciones de utilización de pruebas ilícitas, derecho a prueba es decir se trata de un derecho fundamental.⁸⁵

Este concepto nos deja principalmente dos abordajes que analizar el primero es su estricta vinculación con las garantías procesales, entendiendo que el derecho de acción engloba no solo aquel derecho al acceso al poder judicial para una tutela judicial efectiva sino que también cubre un tipo de efecto domino otros derechos como los supra citados, y la otra vertiente es su carácter o dote de derecho fundamental.

En este sentido el derecho de acción también debe de ser contemplado como aquel derecho autónomo, o mejor dicho un derecho de acción autónomo frente a un derecho material en donde se sustenta el derecho a prueba⁸⁶, con el sentido amplio de otorgar la libertad del ciudadano a producir una determinada prueba sin la necesidad que el juzgador o tribunal realice juicios de valor sobre dicha acción.

Por ello es que durante décadas el análisis de la acción sometida bajo el derecho material fue siempre objeto de estudio principalmente porque muchos estudiosos del derecho procesal en años pasados como los procedimentalistas en las primeras etapas del derecho procesal como ciencia, entendían que el derecho de acción como un derecho para obtener una pretensión a la tutela jurídica frente a un poder judicial que administrara ese poder jurisdiccional⁸⁷ de esta forma para poder alcanzar la autonomía de la acción ya que este derecho por sí mismo puede sobrevivir, en otras palabra independientemente de que exista un otorgamiento a la pretensión o una denegación a la pretensión, el derecho de acción siempre perdura exista o no el derecho tutelado bajo el derecho material⁸⁸, en otras palabras como señala el profesor Humberto Theodoro Junior, “El ejercicio de la

⁸⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de direito Processual civil introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. 14.ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. p.208.

⁸⁶FILARDI, Hugo. Ações probatórias autônomas. São Paulo: *Revista de Direito Privado*, 2019. Vol. 102. p.145-161. p.2.

Disponível

em:<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001709d3a24bd6ff66ad9&docguid=I2af5db700b5611ea8c1e010000000000&hitguid=I2af5db700b5611ea8c1e010000000000&spos=5&epos=5&td=9&context=91&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Último acesso 10 Feb 2020.

⁸⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Jus Podivm, 2006. p.105.

⁸⁸ DIDIER JUNIOR, Óp. Cit. p.207-208.

acción no se encuentra vinculado al resultado del proceso”⁸⁹ (traducción nuestra). Por ello es que se comienza a incluir acciones dentro del derecho probatorio que después fueron denominados como derechos autónomos a Prueba el cual será desarrollado en el siguiente acápite.

4.3.2. DERECHO AUTONOMO A PRUEBA.

Tal y como vengo definiendo el reconocimiento del derecho de acción, ahora desarrollare el derecho de prueba con su naturaleza procesal, como derecho autónomo a cualquier proceso principal o relación sobre derecho material.

La Garantía constitucional del acceso a la Justicia tipificada ya en la Carta magna de todo estado de derecho constitucional democrático, es del cual se desprende la actividad interpretativa del derecho a prueba, así mismo si bien es cierto la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental para que este se materialice, es necesario desde la instrucción adecuada de la causa y que por ende forzosamente pasa el derecho fundamental a prueba. Este derecho a prueba como garantía fundamental entonces, que encuentra sustento en el derecho de Acceso a la Justicia para la obtención o pre-constitución de una prueba, y que ve protegido así como se materializa a través del derecho de acción⁹⁰, donde se contempla el derecho constitucional y fundamental que es ajeno al reconocimiento o no de un derecho material.

El derecho a prueba se encuentra tipificado en las carta magnas supra citadas de forma interpretada, en el caso del derecho brasileño, en el art 5 inciso LV⁹¹ de la CF, así como en la norma infra constitucional bajo el art 369 del CPC/2015⁹², por otra parte en el caso hondureño se encuentra tipificada en el art 80 derecho de petición⁹³ y el art 82

⁸⁹THEODORO JUNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do Direito Processual Civil e processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.64.

⁹⁰ YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.312.

⁹¹ Artículo 5, LV Se garantiza a los litigantes, en el procedimiento judicial o administrativo, y a los acusados en general, un proceso contradictorio y amplia defensa con los medios y recursos inherentes a la misma.

⁹² Art. 369°. Las partes tienen el derecho de emplear todos los medios legales, así como los moralmente legítimos, aunque no estén especificados en este Código, para probar la verdad de los hechos en que se basa en pedido o la defensa, e influir eficazmente en la convicción del juez. (Traducción nuestra)

⁹³ Artículo 80, Toda persona o asociación de personas tiene el derecho de presentar peticiones a las autoridades ya sea por motivo de interés particular o general y de obtener pronta respuesta en el plazo legal. (Traducción nuestra)

derecho de defensa⁹⁴ de la CH, y en la norma infra constitucional procesal hondureña en el artículo 228 del CPC/2007⁹⁵. En estén sentido estas garantías procesales-constitucional son de índole de derechos fundamentales, es por ello que el profesor José Carlos Barbosa Moreria expresaba “[...] Es evidente que el derecho a la prueba implica, conceptualmente, la posibilidad de utilizar cualesquiera medios probatorios a disposición de las partes. Ese es el principio fundamental”⁹⁶. Tienen consonancias específicamente en lo que el profesor Pico I Junoy expresa sobre el derecho a prueba “[...] derecho a la prueba es aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”⁹⁷.

Este autor ya determina al ciudadano desde una perspectivas orientada a lo procesal denominándolo como litigante, así mismo manifiesta para que el derecho a la prueba se consuma, primero debe de admitirse como toda prueba que propuesta por las partes respete los límites de las partes (en cuanto a sus derechos), y que el destinatario de la prueba sea el juez, en este sentido el medio probatorio una vez admitido forzosamente para garantizar el derecho a prueba este deba de ser producido en la etapa procesal pertinente y que por tanto surta efecto jurídico⁹⁸

El derecho autónomo de la prueba es un derecho eminentemente orientado bajo la idea de los derechos fundamentales tal y como venimos desarrollando, conteniendo

⁹⁴ Artículo 82, El derecho de defensa es inviolable, los habitantes de la república tiene libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalan las leyes.

⁹⁵ Artículo 228, través de los medios de prueba las partes acreditan las afirmaciones de hecho alegadas que sean controvertidas, convencen al juez o tribunal de la verdad o certeza de un hecho, o lo verifican como ciertos a los efectos del proceso.

⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Restricciones a La Prueba En La Constitución Brasileña. Sao Paulo: Revista de Processo, 1996. Vol. 82. p.152 – 160. p.1 Disponible en: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a00000170dee7e4083488c0a7&docguid=I7f39dfa0f25711dfab6f010000000000&hitguid=I7f39dfa0f25711dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=21&context=17&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Ultimo Acceso: 15. Marzo 2020. También Conferencia Pronunciada en Belo Horizonte en 10- 10- 1996, y en Salvador, en 18-10-1996, y publicada en Revista Forense, V. 337. Artículo traducido al castellano bajo el título Restricciones a la prueba en la constitución brasileña, para integrar el volumen de estudios, a ser editado en México, en memoria de Ignacio Medina Lima, y en esta forma originaria la publicación en la Revista de Derecho Procesal de España, número 3/95, asimismo en la revista de proceso supra citada, y en la revista Uruguay de derecho procesal número 1/96.

⁹⁷ JUNOY, Joan Pico I. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. S.A. Barcelona: José María Bosch Editor, 1996. p.18.

⁹⁸ Idem.

aspectos y garantías hermanas como el contradictorio y el debido proceso⁹⁹ en esta misma idea se contempla tres aspectos fundamentales para la eficacia y cumplimiento de este derecho según Fredie Didier Primero: el derecho a producir pruebas; Segundo: El derecho a participar de la producción de las pruebas; y Tercero: el derecho a examinar, por el órgano juzgador, la prueba producida.¹⁰⁰ En esta misma lógica Taruffo, manifiesta que el derecho a la prueba no tendría sentido o sería inútil si en este mismo no se recogiese también el derecho a la práctica de la prueba y esta misma como limitantes sea pertinente lo que se pretenda probar¹⁰¹.

Se ha dejado claro que, para que exista un respeto a la eficacia del derecho a la prueba primero debe de existir la admisión de la prueba, y luego la producción de la prueba, y el tercer elemento el examen o valoración del órgano jurisdiccional de esa prueba, esta última tiene como sustento principal, explicarle al peticionario o al sujeto del derecho a la prueba el valor que la prueba tiene en el proceso y así mismo producirle tranquilidad¹⁰² es decir se debe de tener cuidado en el aspecto de la valoración de la prueba ya que generalmente existe una conducta de los tribunales a manifestar que la prueba fue valorada en conjunto y podría afectar la valoración en general de las pruebas.

Al valorarse pero no explicar el valor de esa valoración también incurriría en violación a la garantía procesal del derecho a prueba del peticionario, de los ejemplos más comunes de esta idea son Primero: La falta de apreciación del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y viola el debido proceso Segundo: La valoración arbitraria, irracional y caprichosa del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y desconoce el debido proceso Tercer: Existe vía de hecho por defecto fáctico cuando la decisión se toma sin haber sido practicadas y en

⁹⁹DIDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarna. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 218/2013 p. 13 - 45. p.1.

¹⁰⁰ Idem. p.2.

¹⁰¹ TARUFFO, Michelle. Ill Diritto Alla Prova Nel proceso Civile. In *Trattato di Diritto Civile e Comerciale*. Milano: Giuffrè Editore. 2012. p.84. Disponible en: https://books.google.com.br/books?id=_LnphjHvkfYC&pg=PA84&lpg=PA84&dq=TARUFFO,+Michele.+Il+Diritto+Alla+Prova+Nel+processo+Civile.+Milano:+DirProc&source=bl&ots=7Ejagt-LSZ&sig=ACfU3U0bQuFo_oIjyWTiPkHaXN-z_nVXVQ&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwiMtoaOn8roAhXPIbkGHdyVBawQ6AEwAHoECAkQLw#v=onepage&q=diritto%20alla%20prova&f=false. ultimo Acceso: 16 Feb 2020.

¹⁰²QUIJINO, Jairo Parra, *Manual de derecho probatorio*. 16 Ed. Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA, 2007. p.125.

consecuencia tampoco valoradas las pruebas necesarias para desatar la Litis. Cuarto: La sola omisión en la valoración o práctica de una prueba no constituye vía de hecho¹⁰³.

Dejando claros estos posicionamiento del derecho de acción, sobre su autonomía, entra en juego la concepción de la figura de la prueba anticipada como tal, podemos entender que la prueba anticipada es una acción que tiene dos finalidades una pre litigio y una durante proceso que pueden consistir primero con una naturaleza orientadora de datos, fomentador de la autocomposición y asesor de instar o no un posible proceso principal futuro, y la otra finalidad está orientado ya proteger una fuente de prueba a través de un medio de prueba con la finalidad de cautelar que llegado un proceso legal futuro no pueda desenvolverse tal y como tuvo que haberse producido con la atribución de sustentar los argumentos que el peticionario presente en su respectivo escrito de demanda, defensa o reconvención. Es precisamente en este sentido que la prueba anticipada juega un nexo directo con el derecho a prueba tal y como expresa Joan Pico I Junoy, “El fundamento último de la prueba anticipada no es otro que el de garantizar la mayor virtualidad del derecho a la prueba”¹⁰⁴.

El profesor Flavio Yarshell¹⁰⁵ expresa dos criterios fundamentales para comprender el derecho a prueba, consistentes principalmente en distinguir el que es Derecho a Prueba y lo que es Derecho de Probar.

El derecho de probar es básicamente todo lo abordado hasta este momento, es decir, una garantía constitucional sustentada por el derecho de acción y de la defensa que está orientada precisamente a las partes ya que el Derecho de probar para su materialización es a instancia de parte haciendo uso de los medios probatorios típicos o atípicos moral y lícitos que puedan usarse dentro de un proceso judicial, y destinada al convencimiento del juez en donde su eficacia y eficiencia consiste en garantizar la admisión, la participación, la producción y la valoración de la prueba, al menos esta es la definición clásica que se venía adoptando.¹⁰⁶

Al Referirme a la eficacia, es evidente que estoy focalizándome en una eficacia probatoria, misma que tiene una serie de escenarios para su cumplimiento, William

¹⁰³ Idem. p.126.

¹⁰⁴ JUNOY, Óp. Cit. p.162.

¹⁰⁵ Profesor Brasileño, autor de la obra Prova Antecipada sem o requisito da Urgencia Direito Autonomo a Prova del año 2009, que fue objeto de su disertación de Doctorado, es uno de los mayores influyentes sobre la temática en toda la doctrina procesal Brasileña.

¹⁰⁶ YARSHELL, Op. Cit. p.209.

Santos Ferreira, denomina la eficiencia probatoria como “[...] Eficiência no âmbito probatório significa a existência de meios tecnicamente aptos à demonstração da ocorrência ou inoocorrência de fatos, e que para tal objetivo, as técnicas dispostas sejam calibradas conforme as necessidades que se apresentam”¹⁰⁷,

Sin embargo, la idea del derecho a prueba ha ido evolucionando y por tanto superando algunos criterios por la doctrina, al tenor que no sería un error seguir sosteniendo la idea que lo expresado define al derecho de probar pero si sería un error decir que solamente esos criterios denominan o engloban el derecho a prueba, y es aquí lo que desarrollare a continuación.

Primero: Cada vez las partes juegan un rol más participativo y protagonista en la ciencia procesal y en el proceso judicial como tal, este escenario no se distingue en el ámbito de la prueba judicial, al final y acabo las partes son las que mejor conocen el conflicto y por tanto las pruebas de las alegaciones de los hechos que ellas realizan, en este orden de ideas la Prueba no está más destinada solamente al convencimiento del juez, si no que a las partes mismas, como aquellas sujetas de la relación procesal o material en sus respectivos casos, ya que estas pruebas así como podrían ayudar al juez para motivar una sentencia y formar su convicción, tiene una función de fomentar convicción también a las partes ya que la prueba es aquel soporte cognoscitivo para demostrar determinada verisimilitud de las alegaciones de un hecho, que arroja elementos que podrían considerarse información sea para la viabilidad de una acción principal o sea para evitarla así como simplemente para información a las partes¹⁰⁸.

Segundo: El derecho a prueba goza de autonomía al efecto de derivarse del derecho de acción, es en este sentido que el profesor Flavio Luiz Yarshell expresa:

[...] O direito a prova pode ser entendido, então, como direito simplesmente a obtenção de certa providencia de instrução, sem a necessária vinculação direta com o direito de ação exercido para se pleitear a declaração do direito (ou com o exercício da defesa no processo instaurado nesses termos) relativamente a uma dada situação substancial. Sob esse prisma, o direito a prova ganha um certo sentido, autonomia.¹⁰⁹

¹⁰⁷FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no Direito Probatório. DIDIER JUNIOR. Fredie. *Direito Probatório*. 3. Ed. Salvador Bahía: Jus Podivim, 2018. p.579.

¹⁰⁸ YARSHELL, Óp. Cit. p.211.

¹⁰⁹ Ídem.

Así como existe un despliegue en base al derecho de acción este como sustentador del principio de la inviabilidad de la jurisdicción (u obligación del poder judicial de conocer esa acción) para tutelar el derecho de probar durante un proceso judicial, también existe el despliegue del derecho de acción para el derecho a prueba, que consiste principalmente en la pre-constitución de una prueba, con una naturaleza de investigación, de forma autónoma a un proceso judicial o a una relación de derecho material o a un plazo determinado para presentar dicha acción¹¹⁰.

Es por esta razón específicamente que el derecho a prueba es autónomo por su condición de desvinculación de un proceso principal o el reconocimiento de un derecho material o no dentro de ese proceso, ya que el principal objetivo del derecho autónomo a prueba es precisamente el de información o investigación y de obtener la prueba.¹¹¹ En otras palabras el derecho a prueba es un derecho de investigación¹¹² esto con la idea que el derecho a prueba otorga la facultad de investigación de información a las partes de manera autónoma a un proceso que deba de resolver o no un proceso en relación a un derecho material en disputa. Por lo que el Derecho a prueba plantea un escenario de estimular la jurisdicción de una nación a través del derecho de acción para la mera obtención de una prueba solo con la naturaleza de información, o investigación a los ciudadanos.

Los criterios y lo abordado puede percibirse de una forma más didáctica haciendo las principales diferencias y similitudes en la ilustración número 1.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Idem.

¹¹² Ídem p. 212.

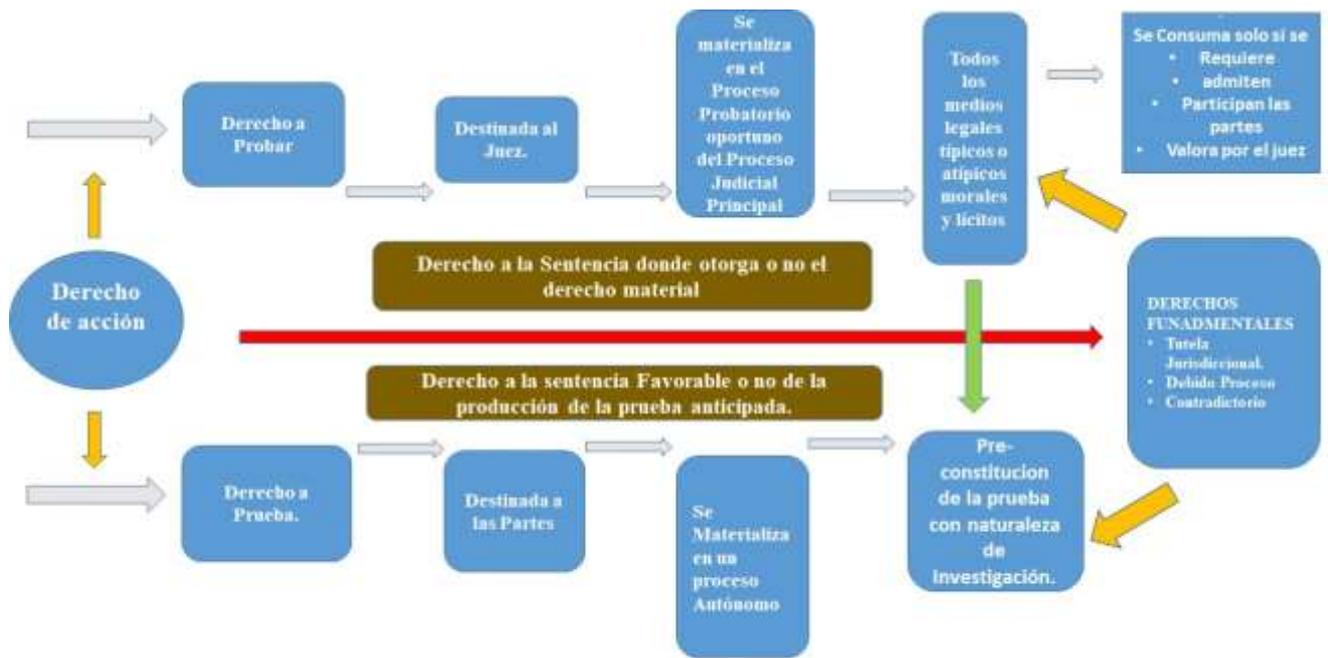


Ilustración 1 Diferencia entre Derecho a Prueba y Derecho a Probar.

Comparativo de Producción de Prueba Anticipada entre el Código de proceso civil del 2015 brasileño con el Código de Proceso Civil del 2007 hondureño.

4.3.3. LIMITES DEL DERECHO A PRUEBA (Pertinencia y Licitud)

Este acápite relevancia para entender el derecho a prueba, ya que es la limitación del derecho a prueba, lo que demostrara cuando estamos enfrente de un derecho a prueba y cuando y cuando este no puede ser por sus limitaciones.

Es evidente que todo derecho no puede ser ilimitado, por ello podemos percibir que el derecho puede encontrarse principalmente limitado por otros derechos de las mismas categorías, según el profesor Joan Pico I Junoy, el Derecho a prueba se encuentra limitado por situaciones de la pertinencia y la licitud.¹¹³

La pertinencia es fundamental, al tenor que el derecho a prueba para ser reconocido deba tener una relevancia con los hechos alegados dentro del proceso para probar o demostrar la veracidad de esos hechos además de formar la convicción tanto del juzgador como de la parte contraria, sin embargo además del derecho a prueba, se debe

¹¹³El autor citado, manifiesta en su teoría de límites al derecho a prueba bajo dos criterios Pertinencia y Licitud, como elementos limitativos de características inherentes o intrínsecas a la actividad probatoria.

de constatar la pertinencia bajo la luz de la eficiencia probatoria esto como un elemento primordial bajo una calidad del medio probatorio para probar esos hechos.¹¹⁴

En este orden de ideas ya la jurisprudencia en el caso brasileño viene adoptando estos criterios, el Tribunal de Justicia del Estado de Paraná en jurisprudencia determino que:

[...] o direito à prova não é absoluto, irrestrito: não há um direito à prova de qualquer fato, mas apenas de fatos que, além de controvertidos, sejam relevantes e determinados, e por uma razão simples: o processo tem caráter instrumental, característica comum a todos os institutos processuais (seria impossível afirmar a instrumentalidade do processo sem também afirmar a instrumentalidade dos institutos e atos processuais, visto que aquele nada mais é do que o aspecto dinâmico destes): ou “verifica-se que o princípio da instrumentalidade se faz.”¹¹⁵

Al relacionar esto con el instituto de la prueba anticipada dentro del CPC/2015 contempla que el peticionario deberá presentar las razones que justifiquen la necesidad de la anticipación y además de ello mencionara con precisión los hechos sobre cuales a de recaer la prueba art 382, por otra parte el CPC/2007. Manifiesta que la proposición de la prueba anticipada se deberá realizar en base a lo dispuesto en el CPC/2007 para cada medio probatorio, exponiendo las razones en que se apoye la petición es decir razones de urgencia que por causa de las personas o por el estado de las cosas no se pudiera realizar su producción en un medio probatorio en un proceso principal art 246 y 247. Aquí se constata que para el reconocimiento del derecho a prueba esta deberá fundamentar su pertinencia para su producción.

Esto es la tenor de materializar un control de acciones sobre pruebas anticipada sin ninguna pertinencia de solución para algún conflicto, y nada más saturar más aun con acciones innecesarias el poder judicial.

¹¹⁴ FERREIRA. Op. Cit. 579.

¹¹⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Paraná. Responsabilidade civil. Sentença. Nulidade. Cerceamento do direito à prova. Alegações das partes relevantes e que dependem da produção de provas, em especial diante da inversão do ônus da prova em desfavor da ré. Anulação da sentença. Apelação provida. Apelação cível n. 1.710.314-7 do foro central da comarca da região metropolitana de Curitiba, 19.^a vara cível apelante: irmãos muffato & cia ltda. apelados: Elizete de fátima de oliveira e outro, relator: relator: albino Jacomel Gueiros. Paraná, Brasília, 7 de Feb. 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 2018. p.3. Disponible en: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000170f40d5001c51894ef&docguid=I844f57d0997011e9b78301000000000&hitguid=I844f57d0997011e9b78301000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Ultimo Acceso 18 Marzo. 2020.

En el caso de la licitud como limitante del derecho a prueba debemos de entender que el derecho a prueba, solamente puede recaer en dotes ilícitos cuando ella es obtenida violentando derechos fundamentales, sea de forma pre procesal o durante el curso de un proceso, en otras palabras, la prueba anticipada y su derecho a prueba está absolutamente limitado por los derechos fundamentales, y no a los derechos regulados por la norma jurídica infra constitucional es decir por ejemplo establecer presupuesto de admisión como ser la Urgencia como único criterio de admisión que viole un derecho fundamental como es el derecho a prueba y a la defensa.

En esta misma posición podemos percibir que la clásica Jurisprudencia del Tribunal español STC114/1984, ya expresa la idea de otorgar el derecho preferente a los derechos fundamentales sobre otros derechos dentro del ordenamiento jurídico¹¹⁶, es decir, todo acto que materialice una violación a los derechos fundamentales son nulos y por tanto toda prueba que sea adquirida violentando derechos fundamentales o producida en esta misma orbita se denomina en prueba ilícita.

Por lo que podemos manifestar de forma concluyente a este acápite del derecho autónomo de la prueba, que la precisión del derecho a prueba, es un derivado de Acceso a la Justicia que se materializa a través del derecho de acción, y el debido proceso, que otorga una autonomía en relación a disputa de derecho material y que goza características de naturaleza constitucional expresado como derecho fundamental por lo que tiene una prevalencia por sobre el derecho infra constitucional vigente. Y que encuentra sus limitantes en la pertinencia y la licitud de la misma, mas no en el derecho procesal como norma infra constitucional.

El derecho a prueba es por lo abordado aquí, un derecho constitucional fundamental que se deriva del derecho de acción y defensa y que es peticionado al poder judicial y se encuentra fuertemente ligado a la tutela adecuada jurisdiccional, debido proceso, y respeto del contradictorio, consistente en la búsqueda y obtención de la prueba con naturaleza investigativa y autonomía a un proceso principal donde se resuelva situaciones de derecho de admisión que no puede ser vulnerado por normas infra

¹¹⁶ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. recurso de amparo núm. 167/1984 promovido por don Francisco Poveda Navarro contra la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Alicante, de 10 de mayo de 1983, que declaró procedente el despido del actor, así como contra la Sentencia dictada en recurso de casación por la Sala Sexta del Tribunal Supremo con fecha de 15 de febrero de 1984, que declaró no haber lugar al recurso de casación contra la anterior. Alicante. 29 de noviembre. *Buscador de Jurisprudencia Constitucional*. 1984. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/367> ultimo acceso 18 Marzo 2020.

constitucionales respetando siempre su pertinencia y su licitud para su respectiva materialización eficiente.

5. DEFINICION DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO HONDUREÑO.

Expresado lo anterior, es eminente concluir este capítulo, concretando lo que será el concepto para entender la prueba anticipada en ambos derechos objeto de estudio en el presente trabajo.

Para iniciar es evidente que la naturaleza de la prueba anticipada tanto en el derecho brasileño como para el hondureño tiene peculiaridades que por su estilo se diferencian conceptualmente y por tanto procesalmente.

La Prueba anticipada es una producción probatoria con anterioridad de un proceso judicial o durante este, con la característica fundamental basada en la anterioridad del periodo probatorio, en realidad la prueba anticipada goza de esa particularidad de anticipación no precisamente al proceso como un todo si no al proceso probatorio que encuentra su etapa específica dentro del proceso judicial¹¹⁷.

En el caso del derecho hondureño al mantener ese presupuesto primordial del dote cautelar, entendemos que la prueba anticipada, es un derecho de acción probatorio, que se postula a través de una solicitud, que contempla la noción de reproducir medios probatorios sean típicos o atípicos basados en la idea de admisión solamente si se cumplen los requisitos de urgencia, con la intención de proteger o asegurar fuentes probatorias, para materializar, contenidos que puedan influir en un proceso futuro los argumentos de los hechos, mismos que deberán de presentarse dentro de un plazo de 30 días para que dicha producción de prueba anticipada tenga validez, estos hechos serán presentados ante el juez o tribunal que conoce de la causa jurídica y así garantizar su derecho alegado.

6. DEFINICION DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO BRASILEÑO

Por otra parte en el caso del derecho brasileño, la prueba anticipada es un derecho de acción autónoma a prueba reconocido por la normativa jurídica y la doctrina, con

¹¹⁷ ARAZI, Roland. Et al. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires – Anotado y Comentado*. T.I 2da ed.. Santa Fe; Rubizal Culzoni, 2012 p.720.

aspecto híbrido de hipótesis en relación al dote cautelar, que otorga herramientas con funciones más amplia para su admisión producción, centrada en la reproducción de medios típicos o atípicos para concentrar contenidos que puedan influir tanto en la convicción de las partes para concretar una autocomposición, así como para convencer al actor de observar posibilidades de iniciar un proceso futuro o no, y por último con visiones en su respectivo caso para convencer a el juez o tribunal en un proceso principal futuro, Sobre la verdad por verosimilitud de la causa litigiosa.

CAPITULO II
PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO BRASILEÑO.

CAPITULO II

1. PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO BRASILEÑO.

El eje central para poder desarrollar el objeto de este trabajo se concentra primordialmente en institutos jurídicos procesales, siempre ha estado relacionado en primer punto a entender la génesis y el contexto en el cual esa normativa jurídica está siendo desarrollada, por ello, es indispensable conocer desde el sistema jurídico su forma de gobierno y por tanto su ordenamiento constitucional como eje de organización nacional.

Asimismo, es menester mencionar el entorno en el cual desarrollare este comparativo en cuanto a tema probatorio se refiere, este, por su naturaleza es de carácter extensivo en lo cual se ve involucrado en materias desde derecho material hasta derecho procesal, por ello en este apartado me concentrare al respecto del derecho procesal de la prueba anticipada, específicamente en el derecho brasileño.

Quiero dedicarle en las siguientes páginas un breve estudio estableciendo criterios históricos del desarrollo del derecho constitucional brasileño y por ende brasileño hasta la llegada del Código de proceso civil del año 2015 como norma de derecho procesal vigente en la república federal del Brasil.

1.1. PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO PROCESAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DEL BRASIL.

1.1.1. HISTORIA A GRANDES RASGOS DEL DERECHO BRASILEÑO.

Pecaría de inocente al pensar que podría establecer todos los aspectos históricos del derecho brasileño, teniendo en cuenta el objeto de estudio de este trabajo, incluso aunque fuese una investigación destinada específicamente a este rubro, resultaría con mucho mayor rigor, por ello esta no es mi intención.

Sin embargo, mi propósito es dejar claro al lector los cimientos más relevantes y necesarios para entender el contexto de como evoluciono el derecho brasileño y por tanto el motivo de creación de la norma procesal vigente traducida a el Código de proceso civil

brasileño del año 2015 y más específicamente la denominada Acción Autónoma de Prueba Anticipada.

Como punto de partida, es invaluable referirse al periodo de la colonización del Brasil, para ello, la conquista del territorio de lo que se conoce hoy como Republica Federal del Brasil, se llevó a cabo principalmente en el año 1500 después Cristo¹¹⁸ por el pueblo portugués, que ya comenzaba a instalarse en el territorio para ese tiempo¹¹⁹ por lo tanto la influencia de desarrollo normativo jurídico era evidente que sería de aquella nación, ahora bien, en aquel momento histórico la nación Portuguesa estaba dominado por residuos todavía de la edad media, que fueron desarrollándose con cambios significativos por los momentos históricos mundiales y sus etapas¹²⁰, alrededor de varios siglos en la vida colonial del Brasil¹²¹ con la llegada del año 1603 las ordenaciones Filipinas comienza a tener su participación en la regulación normativa en la colonia, que dicho sea de paso fueron promulgadas principalmente por D. Felipe I de España y I de Portugal¹²², la cual se extiende principalmente en toda la temporada del Brasil colonial.

Con la llegada del liberalismo al mundo y la independencia de estado nacional brasileño, las ordenaciones van perdiendo poco a poco su fuerza y van siendo derogadas por nuevas normativas jurídicas, siendo algunas de ellas el código de proceso criminal 1832 código de comercio de 1850.¹²³

Ya en esta época surgió la etapa de la codificación constitucional en el Brasil, cabe destacar que aún no había sido declarada oficialmente la independencia cuando ya se comenzaba el proceso de una asamblea constituyente el 3 de junio del año 1822¹²⁴ a pesar de surgir esta iniciativa no fue para nada fácil la creación de la constitución, ya que existieron conflictos e imposiciones, sin embargo se llega a lo que se conoce como el inicio constitucional bajo la creación de la constitución del año 1824 como la primer constitución en el Brasil, en este mismo sentido el desarrollo de la evolución constitucional a lo largo de la historia fue concebida en base hechos sociales y políticos

¹¹⁸ LEITE, Ronaldo Pedrosa, *Direito Em História*. 6ta ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008. p. 327.

¹¹⁹ LIMA, Jose Reinaldo Lopes, *O Direito Na História: Lições Introdutórias*. 5ta. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 221.

¹²⁰ Etapas mundiales en un sentido amplio, es decir etapas, como, la edad media, Iluminismo, Liberalismo Etc.

¹²¹ LIMA, Op. Cit. p. 221.

¹²² FUX, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil*. 4ta edição. Rio de Janeiro: forense, 2008. p. 47.

¹²³ LIMA, Op. Cit. p. 263.

¹²⁴ MALUF, Said. *Direito constitucional: Sugestões literárias*. 8va edição. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 17.

que algunos se desarrollaron por violencias y fuerzas y otras se adaptaban a las exigencias de la sociedad, que dicho sea de paso antes de este periodo no era tan relevante sistemas la conciliación o el arbitraje debido a esas situaciones sociales, sin embargo con la llegada de dicha constitución, ya contemplaba la idea de aspectos fundamentales como el dela conciliación, basado en las determinaciones de Pedro I, que expreso que todos lo jueces debían observar el mandato constitucional de aquel tiempo para promover la conciliación entre las partes, debido a las exigencias del mismo pueblo brasileño.¹²⁵ En otras palabras tal instituto de la conciliación se tornó en un principio organizador de la justicia con naturaleza constitucional.¹²⁶

Sesenta y siete años después surge la constitución del año 1891, conocida como la constitución primera de la república, principalmente orientada por aquellos criterios alcanzados por la revolución francesa, que profesaban Constant y Montesquieu¹²⁷, creando así la dualidad de la denominada justicia y de procesos¹²⁸. Asimismo ya se venía desarrollando la idea de que el estado tenía competencia para poder legislar sobre el derecho procesal común¹²⁹

En los siguientes años hasta la llegada de la constitución de 1934 siendo 16 de julio el día de su promulgación, constaba bajo la óptica de satisfacer los deseos de la victoria de la revolución ocurrida en el año 1930, cabe destacar, que en este momento histórico, la constitución aludida reestablece, la idea de un sistema de unidad del proceso, otorgando posiciones y competencias exclusivas de la unión, y a los estados, todo en base a la lógica de la revolución aludida, ya que era principalmente marcado por la democratización y socialización del derecho, en virtud de ello, otorgaron para estos

¹²⁵ CAMPOS, Adriana Pereira. SOUZA, Alexander de Oliveira Basílio De. Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro. Rio de Janeiro: *Dados - Revista De Ciências Sociais*, 2016. v. 59. p. 271-298. p.9. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v59n1/0011-5258-dados-59-1-0271.pdf> Último Acceso: 28 Feb. 2020.

¹²⁶CAMPOS, Adriana Pereira. FRANCO, Joao Vitor Sias. A Conciliação No Brasil e a Sua Importância Como Tratamento Adequado de Conflitos. São Paulo: *Revista de Direito Brasileira*, 2017. v. 18 n.7 p. 263-281. p.6. Disponible en: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3292/2854>. Último Acceso 20 Feb 2020.

¹²⁷BONAVIDES, Paulo Paes de Andrade. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: *Paz e Terra Política*, 1988. p. 249.

¹²⁸ FUX, Óp. Cit. p. 48.

¹²⁹MAZZEI, Rodrigo. Breve História (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In : FREDIE JUNIOR, Didier. PEIXOTO, Revi. FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: Parte Geral*. 2. Ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p.49.

tiempos el voto popular, que era todavía un mito y predominaba la federación de oligarcas¹³⁰.

Por lo que se instituye un gobierno provisorio, para mantener un tipo de control en el poder político de aquel entonces¹³¹, el cual constata el 19 de agosto de 1933 la fecha para establecer la asamblea constituyente, que daría origen a la constitución bajo análisis, constitución que dicho sea de paso incluye institutos constitucionales fundamentales e al mismo tiempo innovadores en aquel tiempo, como el derecho al sufragio femenino, el recurso de amparo, o denominado en Brasil como mandato de seguridad¹³² y donde ya se autorizaba a los estados legislar infra constitucionalmente en el campo procesal¹³³.

1.1.2. CODIGO DE PROCESO CIVIL DE 1939 BRASILEÑO Y LA PRUEBA ANTICIPADA.

Desde el golpe de estado ejecutado y dando surgimiento al denominado estado nuevo, entra en vigor desde el año 1937 la siguiente carta magna donde se mantiene la perspectiva de creación de normativas procesales, este mismo movimiento encomienda la realización de un nuevo código de proceso, por lo que se estableció una comisión integrada por varios juristas, que, quienes más destacaron fueron Goulart de Oliveira, Pedro Batista Martins, Francisco Campos, dejando así el proyecto final del código de proceso civil del año 1939¹³⁴

Este código traía aspectos de innovación en cuanto a criterios de oralidad, público procesal y promulgaba un reforzamiento a la autoridad del juez dentro del proceso, sin embargo a pesar de estos criterios de la exposición de motivos, no dejaba de tener rasgos de la herencia de las ordenaciones portuguesas, con algunos cambios puntuales, y con características de procedimientos y jurisprudencia abusivamente formalistas¹³⁵.

En este sentido, resulta relevante mencionar que el CPC/1939, contemplaba en su texto jurídico, un capítulo dedicado estrictamente a las pruebas, o más específicamente

¹³⁰ MOREIRA DE PAULA, Jonathan Luiz. *História do direito Processual Brasileiro: Das origens Lusas a escola crítica do processo*. São Paulo: Manole, 2002. p.249.

¹³¹ BONAVIDES, Op. Cit. p.275.

¹³² LEITE, Op. Cit. p. 390.

¹³³ FUX, Op. Cit. p.48.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. Rio de Janeiro: *Revista de Processo*. 2005. Vol. 119. p. 259 – 284. p.2.

en su Título VIII, Capítulo I de las pruebas, regulado desde el artículo 208 hasta el artículo 258, donde se evidencia el sistema de la prueba tasada, que solamente reconoce las pruebas típicas.

En cuanto a la prueba anticipada este código aun no tipificaba la prueba anticipada directamente, sin embargo podría observarse un indicio de este instituto, en el caso de la prueba testifical ya que su artículo 250, otorgaba posibilidad a las partes de producir una prueba testimonial, antes del proceso probatorio oportuno, siempre y cuando el testigo pudiese ausentarse, sea por causas de edad o molestias, podría anticiparse esa producción de la prueba, haciendo la respectiva notificación a la parte contraria dentro de un plazo de 48 horas siguientes¹³⁶.

En este mismo texto jurídico la prueba anticipada solamente era admitida en cuanto la norma jurídica se aplicaba y la doctrina y la jurisprudencia admitían, solamente en los casos de testigos e interrogatorio de partes, el CPC/39 entendía que las medidas preventivas o cautelares podían consistir en encuestas, arbitramientos, y consultas con naturaleza de *ad perpetuam memoriam*¹³⁷ artículo 676 VI.

En esta época Brasil estaba totalmente en un deterioro en cuanto a vida constitucional se refiere, y comenzaba una evolución del derecho procesal, por otra parte en cuanto a la dictaduras con ideales fascistas, y por supuesto totalitaristas se desarrollaban bajo esta nación, en el mundo comienza a desarrollarse el segundo holocausto mundial y se hace sentir con mayor presencia las dos ideologías políticas, social y económicas, denominadas como Capitalismo y Socialismo, en Brasil son formados movimientos de trabajadores con comunistas, como fuerte oposición a la dictadura de aquel entonces en la nación, además de otros sectores, por lo que las constantes presiones fueron los indicios para que la constituyente y por tanto la nueva constitución del año 1946 se hicieran eficaces en la realidad política brasileña.¹³⁸

Originado el golpe de estado en el año 1964 al que era presidente Joao Goulart, la sociedad termino legitimando la revolución que posteriormente se consumó, Misma que se decía, tenía el poder del ejercicio constitucional donde existían efusivo apoyo de sectores, como la iglesia, empresarios, incluso gobernadores, y muchos miembros de la

¹³⁶ ROCHA, Op. Cit. p.3.

¹³⁷ AMARAL, Op. Cit. p.327-328.

¹³⁸ BONAVIDES, Op. Cit. p.349.

clase media, en otras palabras el golpe de estado solo fue llevado a cabo porque la misma sociedad termino aceptándola.¹³⁹ Se tiene que entender que el ideal de la revolución se centraba en la restauración del orden político, por eso se necesitaba la revolución, por lo que un claro ejemplo fue la posterior constitución del año 1967 y en un pequeño futuro su enmienda en 1969¹⁴⁰.

1.1.3. CODIGO DE PROCESO CIVIL DE 1973 BRASILEÑO

Con la llegada de la constitución brasileña del año 1967 surge con ese planteamiento de devolver la democracia a Brasil, haciendo reformas a la constitución de manera significativas, como ampliar el concepto de seguridad nacional, determinando que toda persona jurídica o física sería responsable, en cuanto al tema de la democracia concierne, además de ello ya se venía manejando, la tarea de la creación de un nuevo código de proceso, a raíz de la morosidad de la prestación jurisdiccional, asimismo los instrumentos previstos bajo el código vigente de aquel entonces, es decir el Código de proceso de 1939 que estaba funcionando en la actividad forense, por lo que en el año 1963 se le otorga al Jurista Alfredo Buzaid, presentar un nuevo anteproyecto del código de proceso civil adaptándose a las necesidades de la sociedad, el cual en 1969 fue analizado bajo la comisión de juristas de renombre en la cultura jurídica de Brasil tal como, Machado Guimarães, José Frederico Marques y Luiz Antonio de Andrade, hasta que se convirtió en el nuevo código de proceso civil del año 1973, conocido como CPC/73¹⁴¹.

Es menester mencionar que el CPC/73 fue muy criticado porque fue elaborado anteriormente a la constitución federal del Brasil del año 1988 vigente, en el sentido que se venía manejando la idea que sus institutos jurídicos no estaban en concordancia o sintonía con lo que profesaba dicha constitución, lo cual tuvo aspectos que se fueron fortaleciendo para hacer con mayor rigor la idea de la derogación de dicho código procesal, y confeccionar un nuevo compendio procesal, sin embargo existió otro posicionamiento doctrinal, el cual manifestaba que el CPC/73 no era necesaria su

¹³⁹ LEITE, Op. cit. p.406.

¹⁴⁰ MOREIRA DE PAULA, Op. Cit. p.249.

¹⁴¹ FUX, Óp. Cit. p.49.

derogación por esa causa, ya que lo ideal se basaba en realizar un cambio de pensamiento en los intérpretes, para armonizarlo con la CF/1988.¹⁴²

1.1.3.1. PRUEBA ANTICIPADA EN EL CPC/1973.

El CPC/1973 derogado, contempla la prueba anticipada como un dote de cautelaridad y de urgencia, y esta estaba regulada en el acápite de los procesos cautelares por lo que su producción de prueba anticipada era solamente un aspecto cautelar, con la noción de realizar un aseguramiento de la prueba o más específicamente en la fuente probatoria¹⁴³. Y se regulaba en el artículo 846 al 851 del código de proceso civil supra citado.

Esta prueba anticipada aunque no era una acción autónoma de producción anticipada, también tenía la misma posibilidad de poder practicarla antes de un proceso judicial como dentro de un proceso judicial en curso, con la naturaleza de tutelar esa fuente de prueba que requería de urgencia y cautelaridad.

Otra particularidad que este código es que era de carácter limitativo en cuanto, a los medios probatorios que podían ser objeto para su producción de forma anticipada ya que tipificaba cuales eran los medios de prueba y en qué casos se podría producir la prueba anticipada artículo 846 CPC/73.

Asimismo era limitativo en cuanto a los plazos ya que incluye un plazo para ser presentada y conservar su eficacia cuando sea en un proceso preparatorio, esto en vista de un proceso principal futuro artículo 806, CPC/73.

Posteriormente, con la llegada de la Constitución de 1988, y hasta el momento vigente, se focalizan conceptos liberales, propiamente del estado liberal, con perspectiva de otorgar garantías individuales y colectivas, bajo el título de derechos y garantías fundamentales en ella tipificada¹⁴⁴ haciendo una fuerte connotación en respuesta de aquellos momentos de dictadura vividas por el Brasil, que principalmente fueron ejercida por los militares como poder autoritario, lo que concluye y marca una nueva etapa.

2. ESTADO CONSTITUCIONAL

Nunca en la historia, las constituciones habían tenido tanta relevancia si no fuese por el Estado constitucional, cabe destacar que anteriormente de este, las

¹⁴² MAZZEI, Op. Cit. p. 68.

¹⁴³ ROCHA, Op. Cit. p.3.

¹⁴⁴ PAIM. Antônio. *História do liberalismo Brasileiro*. São Paulo: Mandarin. 1998. p.219.

posibilidades de entender el derecho con una visión bajo los principios y garantías constitucionales era simplemente algo no concebible ni reconocible, al tenor que en aquellas épocas, muchos ordenamientos jurídicos que hoy conocemos como normas en una escala más baja o secundarias de la constitución, es decir infraconstitucionales, tenían mayor influencia que la constitución federal misma en la sociedad¹⁴⁵.

Con la finalización de la segunda guerra mundial, el mundo jurídico y la sociedades visualizaron que después de las atrocidades iniciadas principalmente por los estados fascista y Nazista, se contempló la idea de la comprensión de la constitucionalización del derecho¹⁴⁶, sin embargo además de eso, no bastaba en virtud que, los régimen aludidos, demostraron que se podían utilizar formalmente el derecho y crear estructuras dentro de un orden jurídico para fomentar aspectos antidemocráticos y por supuesto, lesivos a los derechos fundamentales, por ello surge el estado constitucional como solución, garantizando en primer lugar una mezcla entre un estado democrático, y un estado de derecho, otorgando así una organización en términos democráticos y sobre todo en relación al poder político que está orientado a la práctica por los mismos ciudadanos¹⁴⁷¹⁴⁸, como es notorio y enfático el estado constitucional trae consigo una visión de respeto y fomento de los derechos fundamentales, incluyendo a los derechos liberales clásicos¹⁴⁹.

Estos son los denominados derechos fundamentales que a la luz de la constitución de 1988 de la república federativa de Brasil, llegan como camino a seguir, es evidenciado que las constituciones como norma mayor dentro de un ordenamiento jurídico, no deben de ser extensa en cuanto a su articulado, es decir, no deben de profundizar temáticas que ellas por su naturaleza constitucional solamente deben de mencionar, ese trabajo es específicamente para las normas infra constitucionales, la cual es función del legislador crear en base a las necesidades que la sociedad exige, en este orden de ideas, es como llega el Código de proceso civil del año 2015, el cual está estrictamente orientado a la

¹⁴⁵ ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. Ed. Rio de Janeiro: forense, 2016. p.7.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ GEORGES, Abboud. *Jurisdição Constitucional e direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 473.

¹⁴⁸ MAURICIO, Fioravanti. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2007. p.132.

¹⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson, *Direito Constitucional Brasileiro: Curso completo*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2017. p.38.

instrumentalización del alcance por el respeto de las garantías y derechos fundamentales consagradas por la constitución.

Esta etapa, expresada en la realidad jurídica y las exigencias de la sociedad brasileña, marca una evolución e impactos que se desarrollaban sucesivamente hasta la era actual, que es la que abraza el sistema de constitucionalización del derecho en general brasileño, y por tanto del derecho procesal, con una óptica vertical y horizontal, que toda norma creada conforme al derecho positivo brasileño debe de pasar por el filtro constitucional marcado por la CF/1988 en análisis, con el propósito que toda norma jurídica creada este en consonancia con los valores, principios, derechos y garantías inseridas en el texto constitucional¹⁵⁰, dando así la confección y surgimiento del Código de proceso Civil del año 2015.

2.1. CODIGO DE PROCESO CIVIL 2015 BAJO LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA FEDERAL DE BRASIL DE 1988 (CF/88).

En definitiva, entender la vigencia del Código de proceso civil del año 2015, es entender que este pasó por un filtro constitucional, de lo contrario su vigencia no sería posible, por lo que se interpreta fácilmente que sus instituciones en tesis, deben o deberían estar alineados bajo la perspectiva constitucional brasileña.

Como ya he abordado los lineamientos principales de la Constitución Federal del Brasil/88, para entender la lógica en la que fue desarrollado el vigente cuerpo jurídico procesal brasileño, es decir el CPC/2015, es creado bajo un régimen democrático a la luz de la CF/88¹⁵¹ esencialmente por los criterios democráticos dentro de su organización, incluyendo todas las instituciones estatales, primordialmente el poder judicial, que es el obligados a ejercer la función de la tutela jurisdiccional, en este sentido el artículo primero de la CF/88 en sus líneas tipifica “en su artículo primero, párrafo único. “Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos directamente, en los términos de esta Constitución”. (Traducción nuestra).

¹⁵⁰ABELHA, Op. Cit. p.10.

¹⁵¹MAZZEI, Rodrigo. VARGAS, Sarah Merçon. Breves notas sobre a dignidade da Pessoa Humana e a função social da propriedade como bases de compreensão das regras de impenhorabilidade do código de processo civil de 2015. DONATO, Elton José. São Paulo: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, 2016. Ano 64, nº 466. P69-90. p.2.

Por lo que es de estimarse que en materia procesal es decir desde la postulación de una acción hasta la ejecución de una sentencia debe de respetarse garantías fundamentales como contradictorio, el debido proceso, Cooperación etc. Bajo la óptica de la democracia y respeto a los derechos fundamentales, es decir todos los preceptos legales estipulados en la ley formal vigente procesal debe de estar encaminada al aspecto democrático y de relación del proceso con la constitución federal brasileña, que es lo que también se encuentra en sintonía con la cuarta metodología del derecho de proceso es decir el formalismo– Valorativo¹⁵²

Así mismo el anteproyecto del CPC/2015 estableció premisas que consagren los lineamientos para el debido respeto de garantías constitucionales para englobar y efectivizar el derecho a prueba, entre ellas destacan

“[...]Ampla liberdade probatória a permitir, verdadeiramente, a descoberta da verdade (art. 2.º), o que implica numa postura tolerante do magistrado e das próprias partes em todas as fases probatórias (art. 1.º); redefinição das limitações probatórias legítimas (art. 2.º); adoção expressa do dever de colaboração entre todos os sujeitos e intervenientes do processo (arts. 5.º e 6.º, IV); atuações preventiva e repressiva do juiz no controle da colaboração (art. 53);28 v) reconhecimento da formação de título executivo judicial para as condenações relativas às sanções processuais (art. 6.º, § 5.º); vi) apuração e reconhecimento das sanções processuais e indenizações respectivas em autos apartados, sem prejuízo do andamento regular do feito (art. 6.º, § 5.º); vii) requerimento e desistência de quaisquer provas somente com justificativa analítica (art. 21); viii) produção antecipada de provas que se afigure extremamente custosa para a parte contrária somente pode ser deferida se houver justificativa pertinente, sob pena de violação à boa-fé; (art. 12, § 1.º) ix) possibilidade de inversão do ônus probatório e adoção da teoria da carga dinâmica da prova como decorrentes da boa-fé; (art. 12) x) motivação analítica em todas as fases do procedimento probatório (admissão, produção e valoração), devendo o juiz declinar as razões pelas quais determinada questão foi, ou não, utilizada na formação de seu convencimento (art. 18, § 3.º)”¹⁵³.

Además de las premisas expuestas, es evidente el contorno de otorgarle un roll significativo en cuanto al derecho probatorio extra judicial, es decir antes de un proceso judicial, prueba tangible de eso es el instituto de la prueba anticipada, con modalidades principalmente influenciadas, por el sistema Discovery – pre – procesal norte

¹⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4.Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.22-23.

¹⁵³FARIA, Márcio Carvalho. Et al. *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro - segunda parte anteprojeto do grupo de pesquisa "observatório das reformas processuais" faculdade de direito da universidade do estado do rio de janeiro*. Rio de Janeiro: Revista de Processo, 2015. vols. 241. p. 111 – 201. p.3. Disponible en: www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc600000170a1216718382c3a93&docguid=I492dc510cc6f11e4ae62010000000000&hitguid=I492dc510cc6f11e4ae6201000000000&spos=20&epos=20&td=20&context=16&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Ultimo Acceso: 25 feb 2020.

americano¹⁵⁴ y en definitiva siendo pionera en relación de la región iberoamericana como parte del mundo en este instituto en el orden del civil law.

Por ello es que la base de desarrollo de la prueba anticipada en el CPC/2015 se centra en tres hipótesis principales, eximiéndola idealmente de burocratizaciones como los presupuestos de periculum in mora, pero destacando que este no es olvidado, es decir en sus hipótesis de admisión contempla en uno de sus criterios ese presupuesto.

La prueba anticipada en el CPC/2015 tiene el objetivo de crear situaciones de autocomposición de la Litis, así como para verificar situaciones para entender las oportunidades de viabilidad o no, de instar una acción para un proceso principal. Y por supuesto para proteger una fuente de prueba que sea producida a través de un medio probatorio por miedo o temor a que aquella desaparezca.

En esta misma lógica el rol del CPC/2015 bajo la luz de los atributos mencionados y de forma concluyente de este acápite deben de garantizar un debido proceso. Según el professor Marcelo Albelha :

“[...]De Forma mais simplista, tudo isso significa que em processo jurisdicional o magistrado deve atuar de forma imparcial, implementando o diálogo e a participação dos sujeitos do processo com moralidade, lisura, transparência eficiência, contraditório, oportunizando a todos as chances processuais de acesso a prova e meios de defesa, sem esquecer que a tutela a ser prestada deve ser tempestiva, efetiva e, acima de tudo, deve prestar contas de seus atos e pronunciamentos decisórios por intermédio da fundamentação de suas decisões”¹⁵⁵.

Ló que constata lós valores impregnados o por lo menos se intenta buscar dentro de la normativa procesal brasileña por parte del legislador.

3. PRUEBA ANTICIPADA BAJO EL CONTEXTO DEL CPC/2015 BRASIL

He desarrollado hasta aquí, los aspectos que por naturaleza el CPC/2015 fue contemplado para su elaboración, con el objetivo de entender los criterios que este compendio jurídico está acrecentando en el análisis doctrinario del mismo. Por esto, quiero dedicarle, específicamente en este acápite el desarrollo del instituto procesal de la prueba anticipada tipificado en el CPC/2015 que es el objeto de análisis.

¹⁵⁴ Ibid. p.29.

¹⁵⁵ ABELHA, Op. Cit. p.16.

El derecho probatorio, es una de las innovaciones que el CPC/2015 estableció en su regulación, haciendo hincapié, en el desarrollo obligatorio y vinculante con las normas fundamentales y garantías constitucionales, en su anteproyecto, establecieron todas las premisas en relación al desarrollo del CPC/2015, o más específicamente en el derecho probatorio.¹⁵⁶

Asimismo fue creando un rubro fomentador de espacios con la finalidad de alcanzar soluciones a conflictos, sin necesidad de actuar frente al poder judicial con acciones principales que saturen o perjudiquen el adecuado desenvolvimiento del poder judicial brasileño a través de la vía consensual, siendo estos métodos de solución de conflictos sean autocompositivas o heterocompositivas.

Es menester hacer mención que esta novedad fue implementada bajo la influencia directa del sistema inglés y norteamericano, ligados al aspecto denominado Discovery para el derecho de Common Law Norte americano y disclosure para el derecho de Common Law Ingles.¹⁵⁷ De hecho la prueba anticipada del CPC/2015 es una clara prueba de aproximación del sistema norte americano o más específicamente de las reglas 26- 37 de la leyes federales del proceso civil de por esto la acción autónoma de prueba anticipada que regulada en el art 381 al 383, con claro posicionamiento de apartar como único presupuesto para la admisión el requisito de la urgencia, que como manifieste realmente ya se venía manejando en el otras naciones bajo derecho comparado específicamente de *Common Law*,¹⁵⁸ pero no sobre *Civil Law* y es ahí la innovación del CPC/2015, y más aun de instar una acción a un proceso principal como obligación para la admisión y validez de la prueba, solamente se confirma el papel independiente que tiene este procedimiento, como una autentica acción autónoma probatoria, para garantizar el derecho fundamental a prueba.

La eliminación del requisito de urgencia, separa totalmente esta acción de un procedimiento eminentemente cautelar o relacionarlo al presupuesto para las medidas cautelares, es decir el *periculum in mora* dejando así la vía a la libertad del actor para

¹⁵⁶ FARIA. Op. Cit. p.3.

¹⁵⁷ VILELA, Vinicius dos Santos, DASSIE, Mateus Vicente Noronha. Produção antecipada de provas como instrumento de auto composição. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2da ed. Londrina: Thoth, 2017. p.389.

¹⁵⁸ LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a Antecipação Da Prova Sem O requisito da Urgência e a Construção de Soluções auto compositivas. São Paulo: *Revista de Processo*, 2015. vol. 242. p.457. p.4.

solicitar su producción, en este orden de ideas el CPC/2015 no entiende más la producción autónoma de prueba anticipada como un proceso cautelar¹⁵⁹

La prueba anticipada encuentra su regulación en su artículo 381 hasta el 383 en adelante del CPC/2015, la posibilidad de producir una prueba con carácter anticipatorio otorga facilidades, y más que facilidades, lo que se busca es que esta cumpla su finalidad, es decir, por una parte salvaguardar la prueba objeto de producción y por otra que la prueba producida sirva como medio para convencer no solo a un posible juez en un futuro, si no a las mismas partes a fomentar su convicción y llegar al anhelado solución del conflicto auto compositivo. Por ello en el artículo 381 del CPC/2015 reza lo siguiente:

“Art. 381°. La producción anticipada de prueba será admitida en los casos en que:

I – exista fundado temor de que se vuelva imposible o muy difícil la verificación de ciertos hechos en la pendencia de la acción;

II – la prueba a ser producida sea susceptible de viabilizar la autocomposición u otro medio adecuado de solución de conflicto; III – el previo conocimiento de los hechos pueda justificar o evitar la proposición de la acción. § 1°. El listado de bienes observará lo dispuesto en esta Sección cuando tenga por finalidad solamente la realización de documentación y no la práctica de actos de aprehensión. § 2°. La producción anticipada de prueba es de competencia del juzgado del foro donde esta deba ser producida o del foro del domicilio del demandado. § 3°. La producción anticipada de prueba no previene la competencia del juzgado para la acción que vaya a ser propuesta. § 4°. El juzgado estadual tiene competencia para la producción anticipada de prueba requerida frente a la Unión, de entidad autárquica o de empresa pública federal si, en la localidad, no hubiese juzgado federal. § 5°. Se aplica lo dispuesto en esta Sección a aquel que pretenda justificar la existencia de algún hecho o relación jurídica para la simple documentación y registro, y sin carácter contencioso, quien expondrá su intención en una petición fundamentada”¹⁶⁰.

Desde la perspectiva de su iniciación frente al judicialario, podemos entender que esta, no tiene un carácter contencioso o como lo denomina el profesor Fredie Didier “El procedimiento de la prueba anticipada entra como un proceso de jurisdicción voluntaria¹⁶¹ (Traducción nuestra) por lo que por una parte su interpretación puede verse como una

¹⁵⁹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção Antecipada da prova: Aspectos Gerais e Natureza da Sentença. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2da ed. Londrina: Thoth, 2017. p.117.

¹⁶⁰ BRASIL. Ley n° 13.105, de 16 de Março de 2015. CPC brasileiro traduzido para a língua espanhola: código de proceso civil brasileño de 2015. ARRUDA, Teresa Alvim. DIDIER JUNIOR, Fredie. Tradução CAVANI, RENZO. Salvador: Jus Pudivm, Seccion II. p.156. Todas las citaciones de artículos del CPC/2015 en español serán en base a este Libro.

¹⁶¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção Antecipada Da Prova. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2da ed. Londrina; Thoth, 2017. p.191.

solicitud y no una demanda propiamente dicha, sin embargo, esta iniciación tiene su fundamento en el derecho de acción que se conoce por algunos autores como derecho de petición como garantía individual.¹⁶² Por lo que para el entendimiento del presente trabajo se reconoce como acción propiamente dicha y como una solicitud ya que ambas encajan en el aura y naturaleza del instituto procesal en desarrollo.

En este sentido entendiendo que la demanda es un acto procesal que se fundamenta en el derecho de acción, la legitimación activa para solicitarla recae a toda persona que tenga un interés en producir esa prueba anticipada, y que en un futuro de existir un proceso principal, aquel tenga la legitimidad para incoar la demanda principal, esto por regla general¹⁶³ sin embargo para presentar esta acción o solicitud, deben de reunirse una serie de requisitos tal y como consagra el artículo expuesto.

En un primer escenario podemos percatarnos que el artículo aludido, muestra casos o hipótesis que por la naturaleza de su redacción su interpretación podría realizarse hasta con amplitud en cuanto a la producción de la prueba anticipada,¹⁶⁴ en los que se debe fundamentar el requerimiento para la sana admisión y producción de la prueba anticipada, por ello el primer requisito trata lo relacionado en establecer las razones que justifiquen la necesidad de la anticipación de la prueba, estas razones muestran un aspecto, de tener en cuenta que se debe el riesgo de imposibilidad o extrema dificultad de producir la prueba en otro momento¹⁶⁵. Para algunos autores estos realmente no tienen una naturaleza de requisitos propiamente dicho sino más bien como una serie de casos en los que debe fundamentarse el escrito de solicitud para la producción de la prueba anticipada, sin embargo el texto legal expresa literalmente en su artículo 391 que será admitida la producción de la prueba anticipada colocando las tres hipótesis siguientes: “I – Exista fundado temor de que se vuelva imposible o muy difícil la verificación de ciertos hechos en la pendencia de la acción; II – la prueba a ser producida sea susceptible de viabilizar la autocomposición u otro medio adecuado de solución de conflicto; III – el previo conocimiento de los hechos pueda justificar o evitar la proposición de la

¹⁶² COUTURE, Op. Cit. 11- 12.

¹⁶³ NERY JUNIOR, Nelson, ANDRADE DE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*. 17 E.d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 p.1171.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ Idem.

acción”¹⁶⁶.

3.1. EXISTA FUNDADO TEMOR DE QUE SE VUELVA IMPOSIBLE O MUY DIFÍCIL LA VERIFICACIÓN DE CIERTOS HECHOS EN LA PENDENCIA DE LA ACCIÓN.

En el primer inciso, tiene una íntima relación a como era expuesto esta figura en el código de proceso civil 73/CPC derogado, en cuanto a la relación del temor o dificultad de poder producir esa prueba en un futuro, con la diferencia clara del requisito de la urgencia desligando la producción de la prueba anticipada de ese requisito como aspecto innovador del CPC/2015, es decir, es una forma del proceso otorgar herramientas para facilitar la burocracia que la prueba anticipada venía trabajando en el CPC/73, es evidente el carácter cautelar que este inciso tiene, al establecer un sentido de temor o miedo que pueda dificultar la producción de la prueba en un futuro o sea otorgar un rol de salvaguardar o asegurar determinados elementos que de una u otra forma en un futuro no se podría producir, por ello se tiene en cuenta una semejanza no solo gramaticalmente por obvias razones pero si, en el contexto o ideal a que el CPC/2015 contempla de mantener su génesis de la prueba anticipada como aspecto cautelar.

La eliminación de la palabra urgencia y la semejanza el rol cautelar similar con el CPC/73 en cuanto a la prueba anticipada se refiere, y mostrando una evolución tangible en ámbito de tutela de derecho a la prueba que el CPC/2015 trae consigo. Para algunos autores este inciso aun contempla el carácter cautelar, y tiene una estricta vinculación con lo que contemplaba el CPC/73 en cuanto a la urgencia y de riesgo como forma cautelar en la que era desarrollada la prueba anticipada¹⁶⁷

En esta misma lógica se viene desarrollando en parte de la doctrina que el artículo 381 inciso 1 del CPC/2015 conserva la misma naturaleza del CPC/1973, de otorgar parámetros de cautelar, a un estilo similar de cómo era regulada en el artículo 846, por ello la confusión de este inciso radica desde el orden en el que es estipulado en

¹⁶⁶ BRASIL. Op. Cit. p.129.

¹⁶⁷ ARRUDA ALVIM. Eduardo. MARTINS DA CUNHA, Igor. Produção antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*, 2da ed. Londrina: Thoth, 2017. p.164.

el CPC/2015, es decir en el capítulo de pruebas, y no en el de medidas cautelares como era en el CPC/73¹⁶⁸.

Por ello se entiende el inciso primer del artículo 381 no como una hipótesis de naturaleza eminentemente de prueba anticipada propiamente dicha sino con pinceladas de una mezcla entre procedimiento de prueba anticipada y de medidas cautelares, por la razón del miedo a que esa prueba en un futuro no pueda producirse o en una acción principal. De esta forma pareciese que la gramática empleada en el CPC/2015 está otorgando parámetros en donde se podría interpretar que esta figura regulada en el art 381 inciso primero del CPC/2015 tiene un rol más de aseguramiento de elementos de prueba ligado al aspecto de medida cautelar que una producción autónoma de prueba auténtica, con el objetivo de asegurar la fuente probatoria en cuanto a una instrucción de causa principal futura previniendo la desintegración o perecimiento de esos elementos probatorio que serán desarrollados y producidos por un medio probatorio típico o atípicos reconocidos por la legislación nacional brasileña.¹⁶⁹

En este orden de ideas lo que toca manifestar en este momento del trabajo es que existe una clara situación de confusión técnica en cuanto a la naturaleza del artículo 381 inciso 1 y que la misma doctrina viene desarrollándolo, en relación de la prueba anticipada y las medidas cautelares al tenor que aquellas cubren los producción misma de una prueba anticipada a un proceso futuro y durante el curso de un proceso como carácter incidental y la otra busca un aseguramiento de los elementos de prueba para que en un futuro esos elementos puedan formar parte de la producción a través del medio probatorio idóneo e se prosiga a la valoración del medio probatorio en el proceso principal, por medio del juez aprovechando así la inmediatez y la instrucción para garantizar el derecho a prueba.

Por otra parte se contempla que esta hipótesis lo único que busca es mantener su naturaleza originaria de la prueba anticipada que es ese temor de no poder producir

¹⁶⁸ Con esto no quiero dar a entender que mi intención es dejar la prueba anticipada regulada en el capítulo de las medidas cautelares, sin embargo quiero dejar claro que ese cambio da a interpretar situaciones para mejor entender el CPC/2015, al establecer la prueba anticipada en el capítulo de las pruebas como una acción autónoma múltiple y además de esto demostrar que estableció en su contexto criterios de superación para poder reconocer, respetar y efectivizar el derecho a prueba que está contemplado en la constitución de la republica brasileña.

¹⁶⁹ RAATZ, Igor. Da Distinção entre a tutela cautelar para a asseguaração do direito a prova e a produção antecipada da prova fundada na urgência; do seu esquecimento pelo atual Código de Processo Civil a Subsistência da Pretensão a Segurança da Prova. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2 ed. Londrina: Thoth, 2017. p.254.

determinada prueba en un futuro, es decir hasta un determinado momento en donde ya se inició un proceso principal y peor aún, de esperar el momento probatorio oportuno contemplado en el mismo CPC/2015, por ello se estima que otorga ese aspecto cautelar es decir de cuidado y prudencia para la producción de la prueba pero haciendo inca pie en eximir el requisito impositivo de la Urgencia y el peligro propiamente dichos o en otras palabras lo que busca el legislador es la pronta y efectiva acceso a justicia o de forma más amplia la prestación jurisdiccional, respetando los derechos y garantías constitucionales, procesales de los ciudadanos sin la estricta burocratización¹⁷⁰.

3.2. II LA PRUEBA A SER PRODUCIDA SEA SUSCEPTIBLE DE VISIBILIZAR LA AUTOCOMPOSICIÓN U OTRO MEDIO ADECUADO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTO.

He manifestado la frase Estudiar el derecho de proceso para evitar procesos, sin duda este inciso normativo es una herramienta que ejemplifica esta premisa, al brindar las posibilidades y las orientaciones con esta innovación que trae el CPC/2015, es la consecuencia jurídica de fomentar y crear situaciones de autocomposiciones de los conflictos, y así evitar procesos que saturen el poder judicial y manejar una cultura de solución alterna de conflictos, esto solamente confirma el rol del nuevo CPC/2015 de traer herramientas a los ciudadanos para facilitar consenso y soluciones alternas a un litigio en un proceso judicial.

Este inciso, propone un supuesto antagónico al de la cautelar o de la urgencia como es expuesto en el artículo 381, inciso I, sino que es una prueba máxima de garantizar el derecho a prueba¹⁷¹ como una acción autónoma.

Esta novedad es otro aspecto destacable del nuevo CPC/2015 que puede contribuir mucho en cuanto a las legislaciones de orden de civil law, partiendo de la premisa que esta figura fue adoptada por el compendio legal bajo la influencia y estudio del derecho de orden *Common Law*¹⁷².

¹⁷⁰Es evidente que la relación y diferencia entre la palabra miedo y urgencia puede desarrollar un debate, sin embargo el entendimiento que la doctrina dominante está otorgándole al nuevo posicionamiento del CPC/2015 a la prueba anticipada es destacar la supresión de la palabra Urgencia del texto legal como contemplaba la legislación CPC/73 derogado, esto con la plenitud de facilitar el funcionamiento para un campo más abierto en lo que pueda desarrollarse la prueba anticipada.

¹⁷¹ARRUDA ALVIM, Óp. Cit. p.166.

¹⁷² VILELA, Vinicius dos Santos, DASSIE, Mateus Vicente Noronha. Produção antecipada de provas como instrumento de auto composição. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2da ed. Londrina: Thoth, 2017. p.382.

Por otra parte, siguiendo las puntuaciones doctrinales superando antiguos entendimientos en relación al destinatario de la prueba, es decir comprendiendo que los destinatarios no solamente son los jueces sino también las partes e inclusive la sociedad en los respectivos casos que la ley permite su publicidad¹⁷³, es que toma más fuerza la idea de estudiar la prueba desde un aspecto Pre-Procesal con mayor rigor, con la finalidad de crear soluciones de conflictos sin necesidad de la burocratización y perentoriedad de un procesos principal, en otras palabras la fomentación de autocomposiciones en las partes.

Es evidente que la acción autónoma de prueba es un procedimiento, es decir que para presentar petición o solicitud al poder judicial para iniciar su proceso, pero con una naturaleza por regla general no litigiosa y de carácter autónomo o independiente de un proceso judicial principal, por lo que cuando me refiero a estudiar la prueba como un fenómeno pre-procesual, me refiero en un sentido amplio, es decir estudiarla desde la perspectiva antes de iniciar un proceso judicial, sea de herencia, sea reconocimiento paterno, sea de divorcio o de cualquier otro conflicto que deba tornarse y desarrollarse en un proceso principal litigioso.

Por ello es precisamente que se debe de estudiar la prueba pre procesalmente para evitar los futuros procesos pero otorgando las posibilidades de soluciones alternas, tal y como comencé desarrollando este capítulo. En esta misma óptica el CPC/2015 ofrece otra herramienta en el orden de lo expuesto el cual desarrollare a continuación.

3.3. EL PREVIO CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS PUEDA JUSTIFICAR O EVITAR LA PROPOSICIÓN DE LA ACCIÓN.

Este inciso por su parte es otro ejemplo claro del reconocimiento innovador de una acción autónoma de producción de prueba anticipada, en donde otorga las facilidades a los solicitantes, verificar sus posibilidades de iniciar un proceso con factibilidad en cuanto a una reclamación de derecho material en un proceso futuro judicial.

La idea del inciso es cuando un ciudadano tiene dudas sobre si iniciar un proceso principal por no saber sus probabilidades de vencer sobre su supuesto derecho material, el CPC/2015 consagra la idea de brindarle una oportunidad para Primero: Otorgarle

¹⁷³ Refiriéndome más específicamente a procesos de carácter público como presupuesto de regla general de los procesos judiciales, exceptuando aquellos procesos que el mismo derecho positivo, impone una forma cautelaría o prudencia en cuanto a la divulgación de informaciones que en determinadas materias se debe de tener.

conocimiento necesario para enfrentar la acción en proceso judicial principal, Segundo: Saber si tiene oportunidad de vencer o no sobre esa futura acción dentro de un proceso principal.

El primero prácticamente consistente en el aspecto de costas, tiempo, que deberá enfrentar, es decir si contara con estos recursos para enfrentar la acción, al tenor que los gastos en casos de prueba pericial como por ejemplo ocurrirán por costas del solicitante. Y sabrá el impacto y la dificultad que es un proceso judicial futuro y extenso. Y el segundo orientado estrictamente a saber si tiene la justificación necesaria para la reclamación del derecho material que él cree en ese momento violentado, con el objeto específico de no iniciar procedimientos que al final no tendrán ningún aspecto futuro su desarrollo.

Partiendo de esta idea también se debe concentrar bajo la noción que a veces aun practicando la prueba anticipada, y sabiendo que podría instar un proceso judicial principal, el legislador otorga herramientas que se enfoquen en la solución de los conflictos, que no siempre es a través de la vía judicial, es decir, teniendo una prueba anticipada, y teniendo la creencia de tener y poder vencer sobre un derecho material, el autor perfectamente puede ser dirimido por una solución alterna a la del poder judicial es decir por vías auto compositivas por citar un ejemplo y por ello tiene una estricta relación con el art 381 inciso II, que hasta la forma de la redacción de este inciso, es una clara demostración que el legislador a través del derecho de prueba autónomo, no debe obligatoriamente tener una vinculación del derecho material, y por sobre eso otorgando las posibilidades para la solución de conflictos sean estos de carácter auto compositivo.¹⁷⁴.

3.4. § 1°. EL LISTADO DE BIENES OBSERVARÁ LO DISPUESTO EN ESTA SECCIÓN CUANDO TENGA POR FINALIDAD SOLAMENTE LA REALIZACIÓN DE DOCUMENTACIÓN Y NO LA PRÁCTICA DE ACTOS DE APREHENSIÓN.

En este apartado, el CPC/2015 tiene un contraste con el CPC/73 (LGL\1973\5), art 855 e siguientes. Pareciese que en este acápite deja claro el rol de la prueba anticipada como documentación únicamente y no de aprehensión de bienes, es

¹⁷⁴ COLNAGO, Daniel Rodrigues, MESQUITA, Francisco Laux. *Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: A experiência Estrangeira e o CPC/2015*. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*, 2da ed. Londrina; Thoth, 2017. p.144.

decir, desvincula el carácter cautelar de aprehensión de determinados bien y más aun solo para calcular, verificar, cuantificar, determinados bienes.

En otras palabras pareciese que en este inciso el legislador diferencio el aspecto cautelar del derecho autónomo a prueba, por lo que si se busca la aprehensión, y debe de ser realizada por procesos cautelares tal es por ejemplo el que contempla el mismo CPC/2015 la tutela de evidencia en las palabras del profesor Eduardo Talamini;

“ [...]Já quando o que se pretende é mais do que identificação e documentação dos bens, buscando-se também de algum modo apreendê-los ou limitar sua disponibilidade, deve-se empregar a via geral da tutela provisória cautelar. Art. 301.”¹⁷⁵

Por ello el CPC/2015 además de la desvinculación tipificada, otorga esa herramienta a través del derecho a prueba para documentar determinados bienes a través de la acción autónoma de prueba anticipada.

3.5. COMPETENCIA

En este siguiente acápite voy a desarrollar lo concerniente a la Competencia para producir la prueba anticipada.

§ 2°. La producción anticipada de prueba es de competencia del juzgado del foro donde esta deba ser producida o del foro del domicilio del demandado.

Es totalmente perceptible, la disponibilidad del CPC/2015 en cuanto a la flexibilidad que tiene sobre la competencia de la prueba anticipada, siguiendo los parámetros clásicos de las teorías de competencia vigentes, como se percibe, la competencia está establecida con 2 caracteres totalmente abiertos que ofrecen facilidad de producción y evitar burocratización para la producción de la prueba anticipada, la primera se refiere a otorgar competencia al juzgado que estuviese en el foro donde se encuentre la prueba a producir, es decir donde se encuentre el bien que deba ser evaluado por el perito, el testigo cuya testimonio se quiere anticipar, o el lugar donde se requiere que el juez haga el reconocimiento judicial, por citar ejemplos, dentro de esta perspectiva, la lógica es

¹⁷⁵TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015: Anticipated production of evidence in Civil Procedure Law of 2015. Rio de Janeiro: *Revista de Processo*. 2016. vol. 26. p. 75 – 101. p.4. Disponible en: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000170a21173e2357c4227&docguid=I3ecbdf6085fc11e6ba87010000000000&hitguid=I3ecbdf6085fc11e6ba87010000000000&spos=11&epos=11&td=18&context=140&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Ultimo Acceso: 26 fev 2020.

facilitar esa producción de la ubicación de la prueba anticipada, y es destacable hacer mención que generalmente sucede de esta forma, sin embargo hay hipótesis en la que no se puede producir la prueba donde en teoría debería de producirse por su ubicación, un ejemplo claro de ello es cuando la prueba anticipada está bajo las manos del demandado, es decir, los documentos que se necesita que sean exhibidos, o el interrogatorio de parte es el polo pasivo, y este tiene su domicilio en otro lugar que no sea en el mismo país o tenga los documentos en un lugar que solamente el sabe en qué lugar territorial los tiene, para ello, este mismo precepto cubre la posibilidad de iniciar la acción en el domicilio del polo pasivo o posible demandado abriendo la brecha a garantizar facilidad para efectivizar el derecho a prueba.

Es predecible la conexión entre la competencia de la prueba anticipada y el respeto, para garantizar el derecho a prueba y el carácter autónomo de la prueba anticipada en el CPC/2015¹⁷⁶, prueba de ello es el siguiente inciso cuarto que reza: Artículo 381 § 3°. La producción anticipada de prueba no previene la competencia del juzgado para la acción que vaya a ser propuesta.

Esta es sin duda otra de las innovaciones que el CPC/2015 trae consigo en cuanto al tema en análisis se refiere, ya que fortalece la idea de entender la prueba anticipada como un proceso autónomo¹⁷⁷, en el sentido de liberar absolutamente la prueba anticipada de un proceso futuro como forma obligatoria, la pregunta aquí a contestar sería, si la misma ley no da preferencia a ninguna regla de Competencia como prioridad, al situarlas en igualdad de condiciones, esto podría generar algún tipo de problema en cuanto a facilidad de producción de la prueba anticipada y en esa misma sintonía acceso a justicia se refiere.

En primer lugar se puede desarrollar la idea de entre más opciones mejor chances de efectivizar el derecho a prueba se puede tener, sin embargo, el CPC/2015 adopto el raciocinio de la Competencia funcional, obedeciendo a los intereses de economía, racionalidad e interés público como presupuestos para la implementación de esta competencia, por lo que está en igualdad de condiciones se deben dirimir en el criterio basado en la idea que la prueba anticipada su competencia radica en la

¹⁷⁶ YARSHELL, Flavio Luiz. Breves Comentários ao novo Código de processo civil. ARRUDA, Teresa Alvim Wambier, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de processo civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1028.

¹⁷⁷ TALAMINI. Óp. Cit. p.9.

competencia funcional, en base al foro donde ella deba de ser producida concordando con el profesor Flavio Yarshell que explica lo siguiente:

“[...]Diante da expressa concorrência ou alternatividade de foros que a lei consagrou não há como simplesmente dizer que qualquer outro- que não o do local em que as fontes de prova se encontram, seria absolutamente incompetente nem estabelecer o caráter subsidiário que a lei não previu mas consideras as peculiaridades do caso concreto desde que isso não prejudique o devido processo e o acesso a justiça e possível dar preferência ao foro em que se situam as fontes de prova ainda que em eventual detrimento a conveniência do réu de ser demandado em seu próprio domicílio”¹⁷⁸.

Asimismo el mismo CPC/2015 tipifica en su art 381 numeral 4 El juzgado estadual tiene competencia para la producción anticipada de prueba requerida frente a la Unión, de entidad autárquica o de empresa pública federal si, en la localidad, no hubiese juzgado federal. Este criterio, encuentra su fundamento, CF (LGL\1988\3), art. 109, I).

Por lo que en primer orden el competente es el juzgado federal, sin embargo al no existir este en esa parte territorial, inmediatamente el competente será el juzgado estadual, en cuanto a prueba que se requiere a la Unión, entidad autárquica o empresas públicas. Así mismo, y como era de esperarse el múltiple uso exhaustivo que esta figura autónoma de producción anticipada de prueba trae consigo, es precisamente el siguiente numeral y último del artículo 381, que tipifica lo siguiente § 5°. Se aplica lo dispuesto en esta Sección a aquel que pretenda justificar la existencia de algún hecho o relación jurídica para la simple documentación y registro, y sin carácter contencioso, quien expondrá su intención en una petición fundamentada.

Este artículo no se debe de entender como supletorio de la acción autónoma de la prueba anticipada, sino más bien como un protector general para poder practicar todos los medios atípicos no contemplados en el CPC/2015 como vehículos para la producción de la prueba anticipada¹⁷⁹, entendiéndose que su fundamento radica en su naturaleza como Acción y por tanto el derecho constitucional a la prueba, por lo que la normativa expresa su deseo de poder utilizarla como mero documentación para probar la existencia de un hecho o relación jurídica.

¹⁷⁸ YARSHELL. Óp. Cit. p.1029.

¹⁷⁹ Ídem, 2015. p.1029.

4. PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CPC 2015

Al ser este un procedimiento tipificado en el CPC2015 como todo proceso incluido en el CPC debe de obedecer los principales principios y garantías fundamentales que este mismo contempla, sea principio de Buena Fe, Contradictorio, Cooperación, en fin todos los principios que la misma constitución y legislación procesal contemplan, por ello quiero iniciar el procedimiento desde, la legitimación de quienes pueden optar a presentar la acción autónoma de prueba anticipada hasta llegar a la sentencia emitida por el juez, y analizar si existe la posibilidad de presentar recurso en este tipo de procedimiento.

Siguiendo la lógica de la legitimidad activa y legitimidad pasiva hasta la obtención de la sentencia, comencare a desarrollar sucintamente el proceso de la prueba anticipada, con la noción manifestar como este fue desarrollado en el CPC/2015.

En este sentido la prueba anticipada recae principalmente en todo aquel que tenga una justificación o interese en la producción de la prueba anticipada, todo bajo el pensamiento de una pretensión, en un futuro, o como ya aborde hasta aquí, en cualquiera de las hipótesis del artículo 381.

Algo que quiero desarrollar y que debe de ser observado es que no importa la posición del actor o solicitante en cuanto a una eventual procesos principal en el futuro¹⁸⁰, recordando que la acción autónoma de prueba anticipada tiene la única función de garantizar el derecho a prueba y el derecho de acción, y no en valoraciones eminentemente por parte del tribunal sobre aspectos de derecho material tal y como reza el art 382 numeral 2 el cual desarrollare más adelante.

Por lo que la justificación en la legitimidad activa en la prueba anticipada juega un papel fundamental para la obtención de su resultado, en su primer caso art 381 inciso 1, justificación de la demostración de la necesidad de Urgencia y la tutela cautelar para la producción de la prueba, art 381 inciso II y III, que justificar que la producción de esa prueba en el primer caso pueda promover la autocomposición, y en el segundo caso pueda justificar o evitar el juzgamiento de la acción así como en el art 381 inciso 5 que se refiere a la justificación de certificar un hecho o relación jurídica a través de la prueba anticipada.

¹⁸⁰ TALAMINI, Óp. Cit. p.10.

Recordando que el escrito de solicitud de la prueba anticipada deberá reunir los requisitos fundamentales de artículo 319, del capítulo de la petición Inicial de la parte especial del libro primero del CPC/2015. Una vez presentada la solicitud o petición, y admitida esta por el órgano jurisdiccional debe de darse traslado y proceder a la citación del polo pasivo o el supuesto sujeto que adolece la legitimación pasiva.

Por otra parte la legitimidad pasiva, recae en el demandado o mejor dicho como lo denomina el CPC/2015 interesado o interesados, es decir aquella persona o personas natural o jurídicas en el que debe o debería interponerse una acción futura del posible proceso principal como regla general, Es decir la producción autónoma de prueba anticipada al no ser de carácter eminentemente contenciosa teniendo en cuenta las posibilidades de la excepción a esta regla¹⁸¹ deben de ser citados todos los individuos que tengan interés en la causa y no necesariamente en el futuro demandado, lo que se tendrá que analizar es respecto al respeto de la garantía del contradictorio mismo que surtirá el efecto para la valides o no de existir una futura acción en un proceso principal de esa prueba anticipada.

Inicialmente la acción de la prueba anticipada recae en responsabilidad del autor por regla general y del interesado aun cuando solamente se quiere, pre constituir la prueba, todo esto para los aspectos de crear condiciones de autocomposición¹⁸², y en tema de costas o gastos.

Asimismo se debe de tener mucho cuidado con el respeto al principio del contradictorio ya que de lo contrario la factibilidad y función de la prueba anticipada no tendrá ningún efecto jurídico, en un posible proceso futuro, ante esto el juez en este código de proceso civil tiene la herramienta a través de una facultad para determinar hasta de oficio hacer la citación de los posibles interesados en la prueba anticipada, de esta forma no tendría sentido realizar pruebas anticipadas que violenten principios claros como el principio del contradictorio y la prueba anticipada carecería de utilidad en un futuro proceso lo cual, lesiona totalmente la actividad del poder judicial y contraria absolutamente la finalidad de la misma normativa tipifica en su artículo 382 numeral I.¹⁸³

¹⁸¹ En el caso que el demandado, se resista a colaborar para la adecuada producción autónoma de prueba anticipada.

¹⁸² TALAMINI, Op. Cit. p.10.

¹⁸³ Idem. p.11.

Una vez determinados la legitimidad pasiva, y presentada la petición o demanda, con las razones y las necesidades de la anticipación de la prueba mencionando con precisión los hechos en los que deberá recaer la prueba anticipada tal y como reza el artículo 382 del CPC/2015 es que se procede a la citación de todas las partes e interesados, llegado el día y hora fijados para la producción de la prueba anticipada, destacando que esta puede estar basada en cualquiera de los medios probatorios típicos o atípicos sin restricción, así mismo todos los interesados pueden requerir otra prueba en el mismo procedimiento tal y como reza el artículo 382 numeral III siempre y cuando esté relacionada al mismo hecho, y haciendo énfasis en que si dicha prueba genera demasiada demora no podrá realizarse su producción, esta como algunas de las pequeñas limitaciones que trate esta figura jurídica.

Producida la prueba anticipada el juez dictara sentencia sin pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas tal y como reza el artículo 382 numeral II y poniendo fin al procedimiento, dejando claro que para este procedimiento no se admitirá recurso ni defensa en conflicto, salvo cuando difiera totalmente la producción de prueba por el requirente originario, artículo 382 numeral IV, CPC/2015.

Acertada la sentencia, que concluye el procedimiento, toda la actividad realizada para la producción anticipada de la prueba, permanecerán en el registro por el plazo de un mes, otorgando la viabilidad para que las partes puedan extraer las copias y demás certificación que estimen necesarias, una vez terminado este plazo, los documentos que tienen los autos serán entregados al actor de la medida artículo 383 del CPC/2015.

Es destacable hacer mención que el proceso de la prueba anticipada su estructura es principalmente desarrollado por las normativas del procedimiento común que tipifica el CPC/2015.

5. ARCO PROCESAL, DEL INSTITUTO DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2015.

Hasta este punto, he desarrollado los criterios necesarios para comprender, como está desarrollada la prueba anticipada, en el código de proceso civil 2015, sin embargo voy a proseguir a analizar el arco procesal, de dicho instituto jurídico, con la finalidad de establecer los puntos centrales que serán objeto de comparación con la prueba anticipada en el código de proceso civil hondureño.

Para ello estableceré los presupuestos de admisión hasta la sentencia y los recursos de cada legislación con la finalidad de realizar el comparativo y así poder enfatizar las conclusiones finales del trabajo.

5.1. SOLICITUD O PRESENTACION DE LA PRUEBA ANTICIPADA.

Todo procedimiento judicial, debe ser iniciado a solicitud de parte, en este caso el procedimiento de la Prueba anticipada no será la excepción, esto sin duda como principio inherente a la jurisdicción, por ello como hemos manifestado, aquí existen dos tipos de procedimiento de prueba anticipada, una como una acción autónoma probatoria y la otra como acción probatoria.

En el caso del derecho brasileño, podemos percibir que en ninguno de sus artículos, hace una referencia técnica en cuanto a la definición de la prueba anticipada, es decir, si la tipifica como una solicitud propiamente dicha o una demanda¹⁸⁴ por ello el procedimiento establecido en el artículo 382 del CPC/2015, define la acción autónoma de prueba anticipada como una *petição*, por lo que podemos notar la Naturaleza de una demanda si lo traducimos al castellano. En este orden de ideas podemos plantear que la Acción autónoma de la Prueba anticipada conocida en el CPC/2015, en el sentido de la solicitud es definida como una Demanda de una acción autónoma de prueba anticipada.

5.2. LEGITIMACION.

No simplemente para que una demanda o solicitud frente a un órgano jurisdiccional proceda, necesita los criterios de Competencia o jurisdicción, de hecho para que proceda también necesita un aspecto principal, que es la legitimidad sobre el objeto y relación jurídica, y cumplir con los presupuestos de capacidad para ser parte y capacidad procesal de forma inicial.

Por ello la legitimación es presupuesto fundamental para toda prosecución de una acción, en este sentido la prueba anticipada como derecho autónomo de prueba, está en la obligación de respetar todos los presupuestos para culminar los pasos procesales es decir, la presentación, admisión, valoración, y sentencia.

¹⁸⁴Al referirme demanda vendría ser el la traducción al español de la palabra Petición en el derecho brasileño. Entendiendo que en el derecho Hondureño p por idioma castellano la legislación hace una clara diferencia entre demanda y petitorio, dicho sea de paso este último no es el sinónimo de una *petição*, ya que este encuentre su homólogo en la palabra Demanda.

La legitimación por su parte la tiene aquel sujeto que es objeto de la relación jurídica material, el cual puede ser legitimación Activa o Pasiva pero en este caso obviamente trasladada al campo procesal, por lo que estamos definiendo los titulares de la relación jurídica.

Así mismo la legitimidad en el proceso civil puede ser transferible en algunos casos lo que se conoce también como legitimación derivativa y no originaria¹⁸⁵ Por lo que se debe tomar en cuenta las condiciones de los actores procesales para garantizar su posición en la relación procesal, con el exclusivo sentido para gozar del derecho de legitimación sea de atribuciones ya mencionadas.

En este mismo sentido puede percibirse en el CPC/2015 Brasileño contemplando la legitimación ad causam es decir es la figura que doctrinalmente abarca la legitimación ordinaria y extraordinaria, que contempla la subjetividad del conflicto entre la persona autor y reo o demandado¹⁸⁶

Por ello, el CPC/2015 através de su artículo 17 y 18 del Livro II Da Função Jurisdicional Título I da Jurisdição e da Ação tipificam lo siguiente: Art 17

[...]Para Postular em juízo e necessário ter interesses e legitimidade. art 18 Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo Único. Havendo Substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

Aquí podemos percatarnos claramente que los dos artículos reconocen en sus textos la legitimidad ordinaria, y la legitimidad extraordinaria, en este mismo sentido como bien afirma el profesor José Carlos Barbosa Moreira:

“[...]para todo e qualquer processo, considerado em relação a lide que por meio dele se busca compor, cria a lei, explícita ou implícitamente, um esquema subjetivo abstrato, um modelo ideal que deve ser observado na formação do contraditório. Esse esquema é definido pela indicação de determinadas situações jurídicas subjetivas, as quais se costuma chamar situações legitimantes. A cada uma das partes, no modelo geral, corresponde, em princípio, uma situação legitimante. Há, assim, necessariamente, uma situação legitimante ativa, que corresponde ao autor, e uma situação legitimante passiva, que corresponde ao réu, além de outras eventuais situações legitimantes, que correspondem aos diversos possíveis intervenientes. Denomine-se legitimação a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ La legitimación pasiva en ningún caso será transmisble en materia penal sin embargo En algunos casos de materia civil perfectamente puede ser transmisble un ejemplo de ello es la legitimación respecto a la Herencia FAIREN, Víctor Guillen, *Teoría General Del Derecho*. México: Instituto de investigación Jurídica: Serie G Estudios Doctrinales, Num 133. 1992. p.29.

¹⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: Estudos Sobre o processo civil Brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p.127.

¹⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.58-59.

5.2.1. LEGITIMIDAD EN LA PRUEBA ANTICIPADA – CPC/2015

Dejando Claro la legislación referente a la legitimidad en general que esta tipificada en el CPC/2015, procederé a desarrollar la legitimidad entre las partes esto dentro de la acción autónoma de prueba anticipada.

5.2.1.1. LAS PARTES

El proceso entendiendo su formación predominante por una relación procesal de sujetos procesales, que se va concretizando a través de actos seguidos es decir en consecuencia de cada uno, es de entera relevancia tocar el tema en cuanto a las partes como sujetos activos y principales de la relación jurídica procesal.

Para esto, en el ámbito eminente probatorio, El artículo 369, del CPC/2015 otorga a las partes el derecho de emplear todos los medios legales, y morales, legítimos para probar los hechos en que se basa la demanda o defensa e influir eficazmente en la convicción del juez, en esta misma.

Bajo esta premisa se interpreta la cualidad de libertad que el textos jurídicos supra citados contempla en cuanto a tema de prueba se refiere, esa amplitud de utilizar cualquier medio de prueba siempre y cuando encuentre dentro de la moralidad y licitud para garantizar el derecho a prueba, por lo que es evidente al otorgar dicha libertad con la visión jurídica de reconocer el derecho a prueba en un ámbito amplio.

Y esta amplitud también se traduce en una responsabilidad, es decir El CPC/2015 es un texto jurídico que otorga una amplia responsabilidad a las partes, así como herramientas de información, en cuanto a la prueba anticipada se refiere, esto ajeno al posible derecho material en discusión, en donde otorga una situación fundamental de lo que conocemos como el principio de contradictorio¹⁸⁸ basado en ese dialogo retorico para el entendimiento y efectividad de la prueba anticipada de poder influir en las decisiones,

¹⁸⁸ GIDI, Antônio. et al. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro - quarta parte- Anteprojeto do grupo de pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Reform in evidentiary law in Brazilian civil procedure - Fourth part. Rio de Janeiro; *Revista de Processo*, 2015. vol. 243. p. 163 – 211. p.4. Disponible em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000170a1c53efcdadc2bf&docguid=I822f1070011d11e5921101000000000&hitguid=I822f1070011d11e5921101000000000&spos=22&epos=22&td=23&context=16&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> Ultimo Acceso :26 fev 2020.

y la efectución de las hipótesis contempladas en el CPC/2015 artículo 381. Todo esto Sin necesidad de instar a un proceso futuro dejando abierta las posibilidades de auto composición o verificación en cualquier momento, que dicho sea de paso el CPC/2015 defina a las partes como requirente por el polo activo e interesados a la parte del polo pasivo.

En este sentido las partes además de necesitar legitimación, también se necesita tener el derecho de ser parte, y para ser parte se necesitan presupuestos que cada cuerpo jurídico regula sean estos capacidad para ser parte, y capacidad Procesal.

Todos los que intervienen dentro de un proceso son consideradas sujetos del proceso, sin embargo no todos tiene la cualidad para ser parte del mismo, existe una clasificación de los sujetos denominada parcial e imparciales.¹⁸⁹ ejemplo de ello son los jueces secretarios demás auxiliares del poder judicial como sujetos imparciales mismos que gozan de una legitimidad eminentemente orientada para sus funciones en específico que la misma normativa jurídica regula, y por otra parte los titulares o legitimados como partes del proceso.

Entonces para esto es importante no confundir el concepto de parte legitima con el concepto de parte¹⁹⁰ parte según el profesor Cândido Rangel Dinamarco son los sujetos interesados de la relación procesal, sujetos del contradictorio instituido enfrente del juez¹⁹¹ para Pontes de Miranda “partes son polos opuestos activos y pasivo dentro de una relación jurídica en un mismo Angulo o de la relación jurídica en líneas”¹⁹² (Traducción nuestra), en esta misma lógica Moacyr Amaral Santos que las define como, “las partes son al menos dos, el demandado el que resiste, y aquel que actúa y que pide la prestación jurisdiccional, demandado el que resiste y aquel contra quien o en relación se pide la prestación jurisdiccional”¹⁹³. (Traducción nuestra)

Desarrollando de manera sucinta el aspecto de parte dentro de un proceso, y entendiendo que parte, es un atributo el cual se debe de tener capacidad procesal y

¹⁸⁹ABELHA, Op. Cit. p.202. Parte puede ser cualquiera dentro de un proceso, sin embargo eso no significa que esta parte sea la titular del derecho material, ya que a él como ciudadano bajo la jurisdicción se le otorga el reconocimiento de acceso de justicia y el derecho de acción, lo que no significa que tenga o sea parte legitima y mucho menos en el derecho material.

¹⁹⁰ Idem. 2016, p.202.

¹⁹¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. 3ra. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.16.

¹⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. T.I. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.291.

¹⁹³ MOACYR, Santos Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 20 E.d. São Paulo: Saraiva, 1998. V.I p.344.

capacidad para ser parte, procedo a desarrollar como es vista la capacidad para ser parte y capacidad procesal en el CPC/2015.

5.2.2. CAPACIDAD PARA SER PARTE

La capacidad de ser parte puede ser activa o pasiva de uno o varios sujetos que tienen la relación jurídica procesal¹⁹⁴ así mismo esta capacidad para ser parte la tiene todo autor de la acción y la defensa por regla general es decir el reu o demandado, pero tal y como expresa Pontes de Miranda “no se exige que sean los sujetos del derecho que es discutido en juicio ni siquiera que estén ligados entre ellos”¹⁹⁵ (traducción Nuestra) ya que como exprese lo que se reconoce es el derecho de acción, y no el derecho material en juego, ya que para actuar en juicio se necesita tener capacidad procesal.

En Brasil se viene entendiendo que para poder obtener la Capacidad Civil plena, se deberá de contar con la capacidad de derecho y la capacidad de hecho, entendiendo que toda persona tiene capacidad de derecho pero no toda persona tiene capacidad de hecho¹⁹⁶ esto ocurre principalmente los seres humanos en concepción y los nacidos que muestren signos vitales después de cortado el cordón umbilical, la legislación procesal brasileña no existe un artículo que se refiera abiertamente a la capacidad para ser parte, sin embargo podríamos manifestar que el artículo 2 y 4 del Código Civil Brasileño del año 2002 del capítulo de la personalidad y la capacidad tipifican engloba las hipótesis necesarias para la capacidad para ser parte, Artículo 2 “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”¹⁹⁷. Y el artículo art 4.

“São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”¹⁹⁸

El artículo 3 del código civil Brasileño 2002 encargado de tipificar la incompetencia Absoluta en el derecho brasileño ha sido derogado por la vigente ley n° 13.146, de 6 de

¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Op. Cit. p.300.

¹⁹⁵ Idem. p.302.

¹⁹⁶ TARTUCE. Flavio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 15 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.139.

¹⁹⁷ BRASIL. Lei n 10.406 de janeiro de 2002. Precedência da republica Civil Subchefia para assuntos Jurídicos. Título das Pessoas Naturais, Capítulo I, da personalidade e da Capacidade.

¹⁹⁸ Idem.

julho de 2015. Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (estatuto da pessoa com deficiência).

Es evidente que este plano se consagra desde una perspectiva de derecho material, por lo que es importante señalar que el homologo a ese criterio de derecho material al procesal seria la personalidad jurídica, por lo que toda persona con personalidad jurídica tendría capacidad para ser parte¹⁹⁹.o en otras palabras toda persona que goce derechos y obligaciones o deberes otorgados por la ley tendrá la facultad para que se le reconozca la capacidad para ser parte.

5.2.3. CAPACIDAD PROCESAL

La capacidad procesal se basa principalmente en tres tópicos, capacidad para ser parte, capacidad procesal y capacidad postuladora²⁰⁰. Asimismo la capacidad procesal Es la capacidad de estar en juicio, es decir de actuar en la generación, practica de los actos procesales y formar parte de ellos, en otras palabras más acertadas la capacidad procesal recae sobre los actos procesales, y efectos en nombre propio²⁰¹ o en su caso del representado, por ello la capacidad procesal de estar en juicio es la capacidad de ejercer derechos y deberes procesales, es la capacidad de practicar válidamente los actos procesales²⁰².

Como vemos ambas definiciones constatan la actividad de practicar actos procesales y tener derechos procesales, la capacidad procesal consiste en tener capacidad de poder actuar plenamente por regla general en el proceso, en este sentido el CPC/2015 reconoce la capacidad procesal en el artículo “Art. 70º. “Toda persona que se encuentre en el ejercicio de sus derechos tiene capacidad para estar en juicio.

Para tener capacidad procesal plena, se debe de gozar de los derechos civiles, y no recaer en ninguna de las hipótesis de incapacidad que la normativa material tipifica, así mismo tener solamente la capacidad procesal y no la capacidad para ser parte y la capacidad postuladora y la legitimidad del objeto de la causa significa poder decir que una persona no puede actuar en juicio en una acción de la prueba anticipada.

¹⁹⁹ABELHA. Óp. cit. p. 203.

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz , MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil- Tutela Dos Direitos Mediante procedimento Comum*. V.2. 5.ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2019. p.89.

²⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Óp. Cit. p.303.

²⁰² MOACYR, Óp. Cit. p.353.

Para ello se debe tener capacidad para ser parte, capacidad procesal, y actuar en un juicio se requiere de tener la Legitimidad Procesal para demandar²⁰³ es decir, cumplir con los requisitos de capacidad para ser parte, capacidad procesal, y además de ello legitimidad procesal, del objeto y pretensión del conflicto en la relación jurídica materia como procesal.

Sin embargo en el caso de la Prueba anticipada regulada en el CPC/2015, pareciese que existe una flexibilidad en cuanto a la parte legítima del objeto activa o parte actora, ya que deja a entender que cualquier persona que tenga interés en practicar una prueba anticipada puede producirla bajo las hipótesis del artículo 381, asimismo la misma legislación denomina a la parte actora como requirente por lo que puede producir una interpretación de flexibilidad sobre la parte actora, *contrario sensu* el polo pasivo que lo denomina como interesados pero que juega un rol más delicado en cuanto al principio del contradictorio, que desarrollare con mayor atención en el acápite de la citación.

5.2.4. CAPACIDAD POSTULADORA

Por último, La capacidad Postuladora, que la tienen los abogados, ministerio público e cuanto la normativa jurídica hace el mandamiento, e defensor público, por lo que toda persona deberá ser representada por uno de los actores mencionados dependiendo el caso concreto, para poder tener capacidad postuladora.

5.3. PRESUPUESTOS PROCESALES DEL ORGANO JURISDICCIONAL

Entendido los presupuestos de parte para presentar la acción autónoma de prueba en el caso brasileño, ahora es menester analizar los presupuestos procesales por parte del órgano jurisdiccional.

Para ello analizare, la Jurisdicción del tribunal, la competencia del tribunal, y la imparcialidad del tribunal.²⁰⁴ Como presupuestos procesales principales, relacionándolo con la prueba anticipada bajo la legislación procesal brasileña.

5.3.1. JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL

La Jurisdicción (*iuris dictio*), para muchos autores es la institución de la ciencia del derecho procesal más importante²⁰⁵, de ahí la relevancia para la explicación desarrollo en

²⁰³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. V.I, 2. Ed. Tradução e notas –Candido Rangel Dinamarco. Forense: Rio de Janeiro, 1985. p.92.

²⁰⁴ MOACYR. Op. Cit. p.324.

²⁰⁵ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. VI. 19. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 63.

el presente trabajo como función y actividad garantista, para la eficacia del ordenamiento jurídico empleada a través de los órganos judiciales de cada estado.

La jurisdicción es fielmente desarrollada por los jueces y magistrados adscritos al poder judicial del estado, es decir, la jurisdicción se entiende según Chiovenda, como una función estatal para aplicar la actuación de la voluntad concreta de la lei por medio de la sustitución de la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos²⁰⁶, o incluso como manifestaba Francesco Carnelutti como una Composición de la Litis²⁰⁷ asimismo establece el Profesor Alexander Cámara, que la Jurisdicción es la función estatal de solucionar las causas que son sometidas al estado a través del proceso, aplicando la solución jurídicamente correcta²⁰⁸. Es decir Función del derecho a través de la cognición, y procesos de ejecución, legitimados por el derecho objetivo pero aplicándolo al caso concreto, juzgando, hechos del pasado como verdaderos o Falso y otorgando el derecho a quien lo merece en base a todo el proceso prescrito por el derecho objetivo.

La jurisdicción está ligada al aspecto territorial, así como Honduras tiene su Territorio definido así mismo Brasil, también, por ello en donde hubiese autoridades judiciales en la extensión del territorio estos tienen la jurisdicción de conocer sobre cuestiones que se le planteen²⁰⁹. Estas extensiones explica el jurista Eduardo Couture, que debe ser entendido la extensión territorial como una idea de la jurisdicción como ámbito territorial que se prolonga hacia los cauces fluviales o marítimos que bordean el territorio de un país²¹⁰ por lo que técnicamente la jurisdicción desde el aspecto territorial es abarcada desde el espacio aéreo, marítimo y territorial.

En este sentido la función de la jurisdicción es ejercida solo por provocación como uno de sus principios característicos, es iniciado a instancia de parte, en este caso la prueba anticipada debe ser presentada al órgano con Jurisdicción dentro del territorio nacional, entendiendo que la jurisdicción es eminentemente perteneciente a un territorio

²⁰⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile, -istituzioni di diritto processuale civile*, 2. Ed. V. II. Nápoles: Giuffrè, 1993. p.1.

²⁰⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Estúdios de derecho Procesal*, V. II. Trad. Esp. De Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires. 1952. p.5.

²⁰⁸ CAMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 5ta Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p.29.

²⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Op. Cit. p.107-108.

²¹⁰ COUTURE, Op. Cit. p.28.

definido²¹¹ a través de demanda o acción de prueba anticipada, que deben presentarse frente al órgano con jurisdicción territorial como elemento procesal vital para su reconocimiento y producción.

En el caso brasileño, la constitución federal, hace la distribución de Justicias a órganos que tienen competencia para conocer asuntos de determinados grupos, por ejemplo existen Justicia trabalhistas , electorales, militar, justicia federal, y estadual, artículo 111 hasta 126 C. F. En esta misma lógica la Constitución también define al Supremo Tribunal Federal (S.T.F)²¹². Artículo 101 -103 y el Superior Tribunal de Justicia otorgando así competencia originaria denominándoles de esta forma también órganos de superposición una vez que pertenecen a ninguna de las otras justicias especializadas aludidas²¹³.

5.3.1.1. NATURALEZA DE LA JURISDCCION.

Otro aspecto que estimo de suma relevancia desarrollar, es por lejos el tipo de jurisdicción que tiene la prueba anticipada en cuanto a la naturaleza del aspecto contencioso o la voluntariedad en relaciona aquella.

Para esto es importante señalar que la doctrina mayoritaria viene señalando que la prueba anticipada es naturaleza jurisdicción voluntaria, sosteniendo su fundamento en que la prueba anticipada no tiene intención litigioso, por ejemplo en el caso del CPC/2015, basado en las tres hipótesis del artículo 381, en la primer hipótesis se centra en un carácter cautelar por el temor de la imposibilidad de poder practicar un medio de prueba en base a esa fuente probatoria , en el inciso dos se centra solamente en la producción para poder alcanzar una autocomposición, y el tercer para la averiguación de existir mejores posibilidades para presentar una acción principal, o no .

Manifestando los lineamientos generales de la Prueba anticipada y la relevancia que el principio del contradictorio como norma fundamental es conocida dentro del CPC/2015 y del derecho procesal, procedo en este acápite a enfocar cual es el problema que la doctrina brasileña ha señalado y que hasta el momento no tiene un camino único y claro sobre la falta de defensa y por tanto una posible o violación al principio del contradictorio

²¹¹ ALVIM. Arruda. *Manual de direito processual civil: parte geral*. V.1. 9. Ed.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.164.

²¹² En adelante STF.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso De Processo Civil- Tutela Dos Direitos Mediante Procedimentos Comum*. V.II. 5.ed. São Paulo; Revista Dos Tribunais, 2019. p.55.

en el instituto de la prueba anticipada. Y por tanto la naturaleza de la jurisdicción es la prueba anticipada como contenciosa o como voluntaria.

La doctrina en el CPC/73 tenía una posición de silencio en cuanto a la respuesta del polo pasivo en la Prueba anticipada, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia tuvieron un posicionamiento de reconocer la defensa del polo pasivo en esta acción dentro de lo posible.²¹⁴

En el caso del CPC/2015, la tipificación en cuanto al contradictorio es expresa y directa, El artículo 382 numeral 4 que tipifica lo siguiente “§ 4º. En este procedimiento, no se admitirá defensa o recurso, salvo contra la decisión que rechace totalmente la producción de la prueba discutida por el requirente originario.” Por ello tenemos juristas brasileños que manifiestan su criterio en contra de la constitucionalidad de este artículo así como otros que la aceptan o de alguna u otra forma la interpretan para acreditar su constitucionalidad.

En el escenario de aceptar este artículo aludido como inconstitucional y que no debe de ser interpretado literalmente, los argumentos a muy grandes rasgos de este lado de la doctrina se adecuan al análisis que la Prueba anticipada es más simple que el procedimiento común, y por tanto el contradictorio en este caso debe de tener una dimensión distinta a la del procedimiento común²¹⁵. y que por lo tanto el principio del contradictorio exige ser interpretado para salvar la constitucionalidad del mismo precepto legal²¹⁶.

Y por otra parte de la doctrina se viene manejando la construcción de la idea que no se violenta en ningún momento el principio del contradictorio ya que la defensa sería presentada en un momento posterior a la acción autónoma de la prueba anticipada, es decir que la defensa sería diferida para otro momento²¹⁷ Ya que no tendría sentido que el interesado contestara durante la acción autónoma de prueba anticipada ya que en este momento solo se obtendría la prueba como único objeto, al atribuir que no se hacen juicios de valor y mucho menos criterios de derecho material, por lo que la relevancia de

²¹⁴ TALIMINI, Op. Cit. p. 14.

²¹⁵ MORIYA, Karla Saory Nidahara. A Defesa do Réu Na Ação Probatória Em Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. FUGA, Augusto Sampaio. COLNAGO, Daniel Rodrigues. CAVERSAN, Thiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2da ed. Londrina: Thoth, 2019. p. 318.

²¹⁶ TALAMINI, Op. Cit. 14.

²¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE DE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.1175.

la defensa solamente recae cuando esta prueba es extraída de la acción autónoma de la prueba anticipada es efectivamente producida en un proceso donde tenga relevancia la contestación del interesado.

Como se puede percibir a rasgos gigantescos es claro que existe una discrepancia en cuanto al artículo 382 inciso 4 del CPC/2015 por ello este trabajo no está destinado a observar que corriente esta mejor orientada o no, sin embargo es menester dejar claro esa evidente falta de armonización de ideas en cuanto a la prueba anticipada y su violación o no del principio del contradictorio.

Por lo que de forma concluyente provisional, mientras la doctrina y la practica forense tome un rubro conciso y claro, podríamos decir que la Acción autónoma de la prueba anticipada, juega un rol hibrido es decir una Jurisdicción de Naturaleza tanto, Contenciosa, como Voluntaria.

5.3.2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Una vez desarrollado lo concerniente a la Jurisdicción del tribunal, sobre la prueba anticipada, es menester pasar a analizar la competencia del tribunal para conocer la prueba anticipada, para esto es relevante destacar la clásica frase, Todo juez tiene Jurisdicción, pero no todo Juez tiene competencia, es tal que muchas veces la misma jurisdicción es confundida con la competencia hasta de considerarlas como sinónimos.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto al entendimiento de la competencia, por una parte es considerada como una medida de la jurisdicción, sin embargo podría decirse que esa era una concepción clásica de la competencia, principalmente en los años mil ochocientos, una nueva ola por otra parte en la doctrina contempla la competencia no como una medida de la jurisdicción propiamente, ya que la jurisdicción con la ausencia de la competencia no podría materializarse, por lo que es mejor denominarla como la capacidad para ejercer la jurisdicción²¹⁸.

En este sentido por regla general un juez que tenga competencia sobre un asunto también tiene jurisdicción del mismo²¹⁹ la excepción probablemente sea un juez que tenga competente para conocer de un determinado asunto, pero no tiene activa su jurisdicción porque dicha acción nunca fue presentada al órgano jurisdiccional, en fin, por esto para concretizar la jurisdicción se da precisamente en las reglas dela figura de la

²¹⁸ MARINONI, Op. Cit. p.59.

²¹⁹ COUTURE, Op. Cit. p.29.

competencia²²⁰ de esta forma la competencia está dividida de forma gradual y sucesiva en todo el poder judicial que es el que tiene la jurisdicción, es esta división la que desarrollare y comparare en este acápite.

Otra situación de la competencia radica en la competencia Subjetiva y la Competencia Objetiva, la primera consiste en la competencia que tiene el juez como sujeto imparcial, y la segunda se divide en Competencia Territorial, Competencia por Materia y Competencia Por Cuantía²²¹.

Entendiendo que la competencia radica en establecer las atribuciones de cada órgano jurisdiccional y como poder que tiene los órganos jurisdiccionales de hacer efectiva la función jurisdiccional en un caso concreto²²² y siguiendo la misma lógica planteada.

En el caso del derecho brasileño, en el título III del Libro I de la parte general del Código establece “Da Competencia Interna”, en donde desarrolla principalmente adopta también el criterio del juez natural como criterio fundamental de la competencia, que exige que aquella determinación del órgano competente deben establecerse previamente en la legislación y constitución, para reconocer la competencia hacia un determinado tribunal.

Esto puede verse claramente tipificado en el artículo 5 inciso LIII de la Constitución Federal Brasileña, asimismo el mismo artículo inciso XXXVII no haber juicio o tribunal de excepción. Esto dejando clara la posición y reconocimiento de la figura del juez natural, garantizando así el inicio del debido proceso.

El artículo 16 del CPC/2015 tipifica La jurisdicción civil es ejercida por los jueces y tribunales en todo el territorio nacional, conforme a las disposiciones de este Código, este artículo apertura una forma de limitar la competencia de la soberanía brasileña, en este caso más específicamente a el aspecto espacial, o territorial, donde se debe observar los criterios de competencia internacional o nacional, en base al territorio brasileño observado este, entra en juego la competencia para conocer del conflicto, en este caso será el tipo de justicia, mismo que es la competencia interna sea federal o estatal, y añadiéndole criterios sobre la materia, es decir civil, de trabajo, administrativo etc.

²²⁰ ALVIM, Op. Cit. p.251.

²²¹ KELLY, Santiago A. Hernandez. *Teoria del Derecho Procesal*. 4ta ed. México: Editorial Porrúa, 2003. p. 61 – 63.

²²² NERY JUNIOR, Op. Cit. p.367.

(división establecida por la Constitución Federal del Brasil), además se debe percibir si la acción recaerá en materia de justicia federal especial o Justicia federal común.

Respecto al foro común competente será el que el CPC/2015, determine, en este sentido la sede será bajo las normas clásicas, sobre el domicilio del demandado artículo 46 del CPC/2015 como regla general, o donde se encuentre el objeto de la Litis, así como debe de observarse si no existen razones en cuanto a los foros especiales determinados por alguna política legislativa. Artículo 53 CPC/2015, como excepción a aquella regla.

Asimismo, para la determinación del foro competente dentro de la circunscripción judicial se debe de analizar la legislación estatal, que organizaran las funciones y establecerá los criterios para la elección del órgano jurisdiccional de la comarca competente. Por último se debe percibir el aspecto del valor de la causa, o la cuantía, para determinar la competencia, y por supuesto la materia en este caso la Civil.

Hasta aquí hemos expuestos los principales criterios en primer instancia que deben de ser abordado para determinar la competencia de un órgano jurisdiccional de manera general, sin embargo ahora realizare el análisis respectivo en cuanto a la acción de la prueba anticipada para ambos derechos.

5.3.3. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CPC/2015.

En el caso del Derecho Brasileño la situación se determina en la lógica del artículo 381 típica tres incisos que se relación a la competencia, el primero consiste que la prueba anticipada es de la competencia del juicio donde esta deba de ser producida, o en el foro del domicilio del demandado o reu, es evidente que este criterio está siguiendo las regla general de la competencia, principalmente esto quedaría a elección del autor dependiendo de cuál sale mejor al final, el reu no puede defenderse ni oponerse sobre el caso, asimismo, el inciso tres, manifiesta que la producción anticipada de la prueba, no previene la competencia del juicio para la acción que venga a ser propuesta, dando la libertad y mostrando un verdadero proceso probatorio autónomo, en sintonía con las hipótesis II y III del mismo artículo.

Y por último concentra la competencia al a justicia federal si esta existiese, sin embargo en el caso contrario la competencia la tendrá el juicio estatal, para la producción de prueba anticipada frente a la unión de entidades antártica o de empresa pública federal.

5.4. IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL.

En este acápite respecto a la posición del juez que dirige la causa, bajo el presupuesto de la imparcialidad, este tema es característico de controversia en cuanto el activismo del juez considerado por una corriente muy fuerte orientada a un garantismo que contempla la posibilidad de quebrantamiento de parcialidad del juez al momento de su activismo, y de sus poderes instructores, como otra corriente que manifiesta el activismo del tribunal como función para el avance de la finalidad del proceso que es pacificar los conflictos fundamentándose en la perplejidad del juez de la causa.

La imparcialidad es un aspecto que está íntegramente ligado a la jurisdicción, en el sentido de decir el derecho y la separación de poderes, se realiza las características de la jurisdicción por el acto desinteresado en la causa que se le presenta²²³, en este mismo sentido es evidente que cuando hablamos de actos ejercidos por el tribunal de oficio su imparcialidad es cuestionada²²⁴. La imparcialidad como factor del estado de derecho democrático es rol fundamental para el debido proceso judicial, en el caso del CPC/2015 en sus artículos 144 y 145 contempla múltiples hipótesis e consagración del principio de imparcialidad.

En este acápite no pretendo desarrollar o entrar en la discusión de la quiebra o no de la imparcialidad por los poderes instructores del juez, sin embargo si estimo pertinente mencionar que ambos textos bajo análisis, contemplan esta posibilidad lícita del tribunal con el objeto de dar impulso procesal y suplir esa necesidad de acabar con la perplejidad de su convicción para motivar la sentencia. Porque la iniciativa probatoria por regla general debe de ser para las partes, pero por excepción debe de ser para el juez, no para quebrantar su imparcialidad si no para evitar omisiones fundamentales que laceren el debido proceso y se conviertan en imparcial para la parte afectada.

²²³ NAVARRO, Tricia Xavier. O "ativismo" do juiz em tema de prova. São Paulo: *Revista de Processo*. 2008. vols. 159. Pag. 172 – 197. p. 4. Disponible en : <https://www.revistadoTRIBUNALIS.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000170a22abbab4d6fe6e2&docguid=If545dd30f25611dfab6f010000000000&hitguid=If545dd30f25611dfab6f010000000000&spos=15&epos=15&td=19&context=186&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Ultimo Acceso: 26 feb 2020

²²⁴ Idem. p.4.

5.5.CITACION.

Analizados el presupuesto tanto de las partes como del órgano jurisdiccional, una vez presentada la acción, procede la admisión de la misma, y por tanto entra en el proceso la figura de la citación.

La citación entendiéndola como instituto fundamental de la producción de la prueba anticipada así como del proceso en general, no como presupuesto para la existencia del proceso, pero si con relevancia suficiente ya que su rol en el proceso sea esencial para la eficacia y validez del mismo, y de los demás actos procesales.

La citación es la convocatoria del demandado o reo por regla general, o como mejor la define el CPC/2015 como Art. 238° acto mediante el cual son convocados el demandado, el ejecutado o el interesado para integrar la relación procesal. Además de esto como veremos adelante no solamente el reo de hecho la misma legislación ni siquiera utiliza la palabra reo en cuanto a la prueba anticipada se refiere, ya que la sustituye por la palabra interesados esto en el caso del CPC/2015, art 382 numeral 2.

Es importante mencionar que el tipo de comunicación de la citación una vez encaminada para realizarla, esta no exige una contestación por regla general, sin embargo cuando la misma citación expresa la necesidad de una respuesta que es la excepción esta deberá ser contestada, en otras palabras cuando existe un aspecto contenciosos en la acción de la prueba anticipada esto principalmente en el caso del CPC/2015. El artículo 382 numeral I tipifica la obligación del juez de citar a las partes de oficio o a requerimiento de las partes, haciendo la clara salvedad de no existir un carácter contenciosos no citara, por lo que la legislación brasileña exige la citación de los interesados solamente cuando exista un carácter contencioso. En el caso Brasileño pareciese que existe una posible contradicción o por lo menos genera una confusión en cuanto a la redacción de los artículos en el sentido de otorgar la citación de carácter contencioso para que se apersonen las partes pero limitar sus posibilidades de defensa o recursos en su artículo 382 numeral 4.

5.5.1. LUGAR DE LA CITACION.

En cuanto al lugar de la citación, ya la misma prueba anticipada manifiesta las hipótesis en donde se tenga que realizar la citación sin embargo el CPC/2015 enfatiza en que lugares deberá o se deberá notificar, para ello el Art. 243° manifiesta que, La citación podrá ser realizada en cualquier lugar en donde se encuentre el demandado, ejecutado o

interesado, asimismo establece una serie de excepciones tal como es la de los representados, la de los inhábiles, militares en servicios, personas dentro de cultos religiosos, día de fallecimiento de pariente, los novios en los 3 primeros días después del matrimonio, y del enfermo cuando su estado sea grave entre otros, artículos, 243, 244, 245, del CPC/2015.

5.5.2. PERSONIFICACION DE LA CITACION.

En cuanto a la personificación de la citación percibimos, que el CPC/2015 en su artículo es categórico al manifestar que la citación será personal, tal y como reza el Art. 242°. La citación será personal, pudiendo, sin embargo, ser realizada en la persona del representante legal o del procurador del demandado, ejecutado o interesado, haciendo la respectiva salvedad en sus representante, y explicando lo que en su defecto debe hacerse en los siguientes casos 1°. En la ausencia del citado, la citación será realizada en la persona de su mandatario, administrador, encargado o gerente, cuando la acción se origine de actos practicados por ellos, § 2°. El arrendador que se ausente de Brasil sin notificar al arrendatario que, en la localidad donde esté situado el inmueble, dejó a un procurador con poderes para recibir la citación, será citado en la persona del administrador del inmueble encargado de la recepción de las rentas, quien será considerado habilitado para representar al arrendador en juicio y § 3°. La citación de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal, de los Municipios y de sus respectivas autarquías y fundaciones de derecho público será realizada ante el órgano de la Abogacía Pública responsable por su representación judicial.

5.5.3. MODALIDADES DE HACER LA CITACION

La citación puede ser procesada a través de modalidades tal y como las que tipifica el artículo 246, enumerando las siguientes I – por correo; II – mediante oficial de justicia; III – mediante escribano o jefe de secretaría, si el citado comparece en el archivo; I – V por edicto; V – por medio electrónico, según lo regulado en la ley.

Lo cual es desarrollado su procedimiento de forma clara para cada una de los incisos supra citados, en su articulado procedente, artículo 246 al 259.

5.5.4. EFECTOS DE LA CITACIÓN

En este caso quiero hacer en conjunto el desarrollo de la citación , en relación a el efecto de la citación, ya que este derecho de ser citado es la que contempla la relación jurídica procesal²²⁵, También extiende los efectos de la litispendencia con el futuro demandante y el interesado²²⁶ así como la Litis de la cosa y la interrupción de la prescripción²²⁷, este último expresado por la legislación brasileña en su artículo 240 inciso I, el cual reza lo siguiente La interrupción de la prescripción, operada por el despacho que ordena la citación, aunque sea expedido por juzgado incompetente, será retroactiva a la fecha de la proposición de la acción.

Percibimos que en el derecho Brasileño la citación tiene el efecto de interrumpir la prescripción, fundamentándose en el mismo criterio sobre la competencia o incompetencia del juez, por lo que es el entender para efectos de la prueba anticipada en casos que concierne a la prescripción de algún plazo para la ejecución de determinados temas.

Respecto a la prueba anticipada, en el CPC/2015 la citación será solicitada por el actor de la acción , sin embargo el tribunal tendrá también la tarea de citar a los interesados del asunto, que se realizara de oficio o a requerimiento de parte artículo 382 numeral 1, recordando que si no se citan todas las partes interesadas en el caso podría existir la fragilidad de la producción de la prueba anticipada en cuanto a su validez y eficacia, ya que se vería en el caso de existir un proceso futuro, la violación al principio del contradictorio, si existiera un nuevo interesado durante el desarrollo de esa acción o un interesado que no sea el dueño de la legitimidad pasiva. Recordando que la prueba anticipada para introducirla en otro proceso principal, su naturaleza es de prueba emprestada, y esta como requisito fundamental debe de garantizarse el principio de contradictorio en el antiguo proceso para la eficacia y validez en el proceso principal futuro por lo que en este acápite se debe tener delicadeza de la citación de los interesados, es evidente aclarar que este aspecto es eminentemente en el caso de existir aspecto litigio en la producción de la prueba anticipada ya que la misma normativa hace la salvedad en el artículo supra citado.

²²⁵DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito Processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. Ed.- Salvador; Jus Podivm. 2017. p.687.

²²⁶ Ibidem. p. 687.

²²⁷ ALBELHA, Op. Cit. p.355.

5.6. DEFENSA O CONTESTACION DE LA ACCION AUTONOMA DE LA PRUEBA ANTICIPADA REGULADA POR EL CPC/2015

Realizado la citación a todos los futuros demandados, o interesados, según como lo denomine su legislación, procedo a desarrollar el acápite de la defensa y los recursos por lo que la primer pregunta a debatir en la acción de la prueba anticipada como tal, en si ¿realmente existe defensa?

En teoría, sabemos que todo proceso basado en derecho y bajo la luz del estado democrático constitucional, dentro de la óptica de los derechos fundamentales debe de respetar la garantía del debido proceso, que es de donde se derivan otros principios tal como el principio fundamental del contradictorio, por ello, entendiendo la defensa como el derecho que tiene el futuro demandado o interesado para oponerse al pedido de la tutela jurisdiccional del autor²²⁸, es que el sentido de la defensa se deriva del derecho de acción, en contra posición de la parte activa en una relación jurídica procesal. Al derivarse de derecho de acción el derecho de defensa, es que surge el interés de analizar precisamente el proceso de la producción de la prueba anticipada al tenor de su reconocida naturaleza como acción sea autónoma o no. Sobre todo es importante señalar que el aspecto del derecho a la defensa durante el vigor del CPC/1973, tenía una connotación particular, ya que la citación al reo, tenía que presentársele para el oponerse dentro del plazo de 5 días siguiendo la lógica del artículo 802 del CPC/1973 todo esto como regla general, todo esto recordando la naturaleza cautelar que este compendio jurídico traía.

Por otra parte el CPC/2015, al otorgarle una naturaleza distinta a la del derecho Hondureño, es decir, el CPC/2015 busca implementar un proceso con mayor facilidad, más expeditas, basado con la finalidad de las hipótesis que contempla el artículo 381 en el inciso I, II, II, sin embargo el CPC/2015, al contrario del derecho Hondureño este si se manifiesta en cuanto al aspecto de la defensa en la acción de la prueba anticipada, en el artículo 382 numeral 4, manifiesta que en este proceso no se admitirá defensa ni recurso, siendo claro en ello, lo que como es evidente a primer lectura esto llama mucho la atención ya que de un análisis general esto puede acarrear aspectos peyorativos, principalmente, por la vulneración del principio del contradictorio y por tanto del debido proceso, por lo que desarrollare más detenidamente.

²²⁸MARQUES, Jose Frederico. *Manual De Direito Processual Civil*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 196.

Es pertinente hacer mención que en los casos en que no ocurre una respuesta, por parte del “reú” o más precisamente casos de procesos de conocimiento generales, este entra en rebeldía y por tanto generan presunción de veracidad sobre los hechos establecidos en la demanda como verdaderos, haciendo la aclaración de no ser esta absoluta²²⁹, sin embargo en el caso de la acción de la prueba anticipada se centra un aspecto con tonalidades distintas, en el sentido que la misma ley tipifica lo concerniente en cuanto a la defensa y recursos de limitaciones en cuanto a estos tópicos, por ello la doctrina viene desarrollando dos escenarios .

Una parte de la doctrina estima que esta no es una laceración del principio del contradictorio, artículo 9 CPC/2015 sino que es entendido como un contradictorio reducido tal y como ya he mencionado²³⁰ ya que la continuación del artículo supra citado, establece una salvedad, salvo contra la decisión que rechace totalmente la producción de la prueba discutida por el requirente originario.

En otras palabras significa que solo puede existir defensa recurso en materia de acción autónoma de producción de prueba anticipada, asimismo ese carácter reducido también podría interpretarse en que el interesado podría defenderse en el sentido de aspectos de competencia, legitimidades, es decir en presupuestos procesales, mas no en cuanto a la prueba anticipada como tal.

En este orden de ideas, el principio del contradictorio no solamente consiste en la contestación sino que también consiste en la participación, activa del interesado en el proceso, y mucho mayor todavía cuando nos referimos al contradictorio sustancial, radicado en la posibilidad de influir en la convicción y por tanto en la decisión del juez, además de ello para esta posición, el interesado tiene la posibilidad de solicitar la producción de cualquier medio de prueba que el estime pertinente artículo 382 numeral 3, así como reconvenir en su respectivo caso.

Por otra parte, un puntuado aspecto de la doctrina, determina que no existe ningún tipo de contradictorio “reducido” si no que es una clara herida al principio del

²²⁹ MAZZEI, Rodrigo. *Algunas Notas Sobre o (“dispensável”) art 232 do Código Civil.* in; Fredie Didier Jr; Rodrigo Reis Mazzei. (Org. Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil. Salvador: Juspodivm, 2006. p.48.

²³⁰ REGIOLI. Jonathan Nasser. *Produção antecipada de provas: Aspectos Controvertidos.* FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*, 2da ed. Londrina; Thoth. 2017. p307.

contradictorio, por el simple hecho de no poder pronunciarse al respecto, vulnera en lo absoluto la garantía fundamental del contradictorio substancial.

En este sentido se entiende que la única defensa o impugnación que podría ser permitida para cualquiera de las partes es sobre rechazo parcial de la prueba anticipada mismo que está contemplado en el artículo 382 numeral 4, considerando asimismo que este artículo, solamente le da la oportunidad de defensa al mismo actor y no a los interesados, por lo que deja más en la deriva la idea de entenderlo como un contradictorio “reducido”.

Por ello no me enfocare en definir si es o no violación al principio de contradicción, pero lo que sí es claro es que el CPC/2015 está limitando el poder ejercer esta garantía esencial en todo el estado de democrático de derecho, con el objetivo de, sea agilizar, sea para expedientes, sea para la cautelaridad de la fuente de prueba, sea para fomentar autocomposición, sea para indicar las posibilidades para iniciar o no un proceso judicial principal.

5.7.SENTENCIA.

Todos los proceso de cognición deber de finalizar a través de una sentencia, sin embargo esta sentencia varían su naturaleza, por ello, en el caso de la prueba anticipada, puede verse afectada por varias condiciones, principalmente por el tipo de derecho porque el que se regula.

En el caso del derecho brasileño, se manifiesta claramente la posición que deberá tener la finalización de la acción autónoma de la prueba anticipada, en cuanto a su naturaleza, el art 382 numeral 2, ya expresa que el tribunal no se pronunciara sobre las consecuencias jurídicas.

Por ello es que existe un fuerte criterio que estima que la sentencia de la acción de la prueba anticipada es de naturaleza solamente homologatoria, la cual por obvias razones no puede ser recurrible, sin embargo el articulo 382 numeral 4 ya establece en que hipótesis se puede recurrir la sentencia es decir solamente cuando es rechazada totalmente art 382 numeral 4 salvo contra la decisión que rechace totalmente la producción de la prueba discutida por el requirente originario. sin embargo la sentencia en el derecho brasileño realizara la extinción de la prueba anticipada, procedencia o improcedencia y

será con carácter homologatoria solamente por lo que contempla el artículo 487, inciso III del CPC por una evidente expresión legal.²³¹

Asimismo la parte tendrá derecho a una sentencia con carácter declarativa constitutiva del derecho de producir la prueba. Y no sobre criterios de posiciones en relación a un derecho material, por lo que la sentencia en el derecho brasileño se limita a la declaración del derecho o no de producir la prueba. De esta forma la sentencia si deberá contemplar el aspecto condenatorio solamente en relación a aspectos de las despensas en que las partes incurrir dependiendo el caso concreto²³²

En este sentido una vez otorgada la sentencia solamente se guardaran en registro los resultados de la prueba anticipada para que las partes puedan extender sus respectivas copias durante un mes art 383 en caso de usarlas para una autocomposición, o para criterios de presentar una acción principal futura, o a lo que su interés convenga.

²³¹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Produção antecipada de provas: Aspectos Controvertidos*. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*, 2da ed. Londrina, PR: Thoth, 2017. p.130.

²³² DIDIER JUNIOR. *Produção antecipada de provas: Aspectos Controvertidos*. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*, 2da ed. Londrina PR: Thoth, 2017. p.200-201.

CAPITULO III
PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO HONDUREÑO

CAPITULO III

1. PRUEBA ANTICIPADA BAJO LA LUZ DEL DERECHO PROCESAL HONDUREÑO

La diversidad histórica de cualquier nación en el mundo, por naturaleza es un factor con condiciones que atañen múltiples dificultades para su expresión, establecer lo más claro y recopilado posible, y el saber de cómo fue construyéndose es sin duda un reto del diario vivir en días presentes y peor todavía en los futuros, cada vez que aumenta, más difícil se torna para su recopilación, todo esto se apega independientemente del tema que se quiera plantear, por ello el análisis del crecimiento histórico jurídico en la republica de Honduras y de su región es sin duda un dote relevante tomarlo en consideración desde el surgimiento de los pueblos autóctonos que moraban en su territorio antes de la llegada de la corona española, entendiendo esos pueblos Autóctonos como pueblos que estaban ejerciendo su cuota de poder y de control en la extensión territorial que después se conocería como Honduras²³³

Para iniciar el desarrollo de este acápite, quiero de forma sucinta establecer algunos aspectos históricos del desarrollo de la sociedad hondureña hasta la formación del Código procesal civil hondureño del año 2007. A rasgos generales iniciare un expedito camino durante la historia, con el único objeto de hacer conocer como dote informativo al lector y entender mejor la actual sociedad hondureña y por tanto entender mejor el porqué de las normas jurídicas procesales actuales es decir específicamente la prueba anticipada en el código procesal civil del año 2007 hondureño²³⁴.

1.1. HONDURAS ASPECTOS GENERALES

Honduras con nombre oficial Republica de Honduras, ubicado en la región de América Central, con una extensión territorial de 112.492 km², y actualmente al momento de la elaboración de este trabajo cuenta con alrededor de 9 millones de personas, teniendo su símbolos patrios, desde su himno nacional, flora y fauna nacional, música,

²³³ SÁENZ, Jorge Francisco Carbonell. *Libro Primero: Los sistemas normativos indígenas y el Derecho*. 4. Ed. San José: Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta, 2015, p.11. “En los albores del siglo XVI, cuando los españoles llegaron por primera vez a las costas caribeñas centroamericanas, Honduras no existía como unidad. En esa época, el actual.

territorio hondureño estaba habitado por una gran variedad de pueblos independientes, cuyas respectivas culturas tenían grados muy diferentes de complejidad y desarrollo”

²³⁴ En adelante siempre como CPC/2007.

bailes, su idioma oficial es el Español, sin embargo existen una diversidad de pueblos autóctonos aun sobrevivientes de la conquista Española, con idioma, comidas, rituales, danzas, gastronomía totalmente autónoma que aún se conserva, por ello partiendo de la idea que derecho es cultura, y además de ser cultura es parte de la historia y actualidad hondureña no puede tratarse de manera aislada, me gustaría desarrollar a rasgos sin la intención de profundizar y de manera solamente ilustrativa aspectos del desarrollo jurídico de las diversas temporadas.

Con esto solo quiero dejar en claro que antes de la llegada de los españoles y su conquista ya existían tipos de organización jurídicas concernientes a aspectos consuetudinarios por los grupos indígenas autóctonos que residían en el territorio de Honduras.

Existe una dificultad para identificar estas normas jurídicas de aquellos tiempos por la complejidad de cada comunidad indígena y por ello es que técnicamente solo se puede hablar de ordenamientos jurídicos en estricto sensu en los tiempos históricos a partir de la llegada de la corona española y su conquista.²³⁵

1.2. EVOLUCIÓN GENERAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PROCESAL CIVIL HONDUREÑO.

El proceso evolutivo del derecho constitucional y por tanto posteriormente el derecho procesal hondureño, ambos en sus inicios tuvieron una transformación, ya que tuvo su consistencia en lo que se venía desarrollando con el gobierno británico y por supuesto en la corona española en las temporadas de la conquista de América, al surgir la creación de la división de poderes como propuso el pensador Montesquieu, por ello se comenzó una codificación constitucional en el mundo con una visión totalmente innovadora para aquella época como la de los Revolucionarios Franceses.

Los nuevos estados organizados, buscarían esa forma de formación gubernamental, por lo que la génesis de la constitución con pensamientos liberales se impregna y da origen al surgimiento de la primera constitución Ideal²³⁶.

Esa influencia por su parte además de tener un papel fundamental en América Latina el cual se estaba desarrollando en una etapa cuasi pre independiente en donde se encontraba anexo Centro América con la República de México en el año 1821 hasta el año 1823,

²³⁵SÁENZ, Jorge Francisco Carbonell, *Historia del Derecho Costarricense*. San José; Ediciones Juricentro, 1997. p.18.

²³⁶ SCHMITT, CARL. *Sobre el concepto "ideal" de Constitución, Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial S. A, 1982. p.58.

por su parte Honduras fue un país que durante la organización de la colonia, y la determinación de las dos ciudades principales Comayagua y Tegucigalpa del país en el año 1778 estaban primordialmente reguladas por dos constituciones que eran la constitución de Bayona de 1808, y la constitución de la corte del Cádiz del año 1812, considerando esta última como la primer constitución formal que rigió el estado de Honduras, manifestando conceptos innovadores para la época y formas de gobiernos, como por ejemplo la exigencia de soberanía nacional para así finalizar con el absolutismo que se mantenía anteriormente²³⁷, esta mantuvo su vigencia hasta el año 1823 en todas las provincias centroamericana.

En fecha 15 de Septiembre del año 1821 fue proclamada la independencia de Honduras y la mayor parte de Países de Centroamérica de la corona española, sin embargo aún existía la anexión de Centroamérica con México por influencias de las autoridades que administraban el gobierno, pero esa anexión que se finaliza el 18 de Marzo del año de 1823, teniendo así la libertad e independencia total de la región centroamericana²³⁸

Sin embargo, aún existía una Centroamérica como una sola nación por ello en el año 1824 Surge por primera vez una constitución federal de Centroamérica, siguiendo siempre la clásica división de poderes y estableciendo la forma de selección de autoridades, pero fue hasta el año siguiente en 1825 donde el primer presidente de la republica soberana e independiente de Honduras, el señor Dionisio de Herrera crea la primer Constitución de la republica de Honduras, corte suprema de Justicia, y el primer escudo de armas, siendo esta constitución la primer constitución de la republica forjada por autoridades eminente Hondureñas en fecha 11 de Diciembre del año 1825, declarando a Honduras libre e independiente de toda potencia o gobierno extranjero, esta constitución trajo consigo como aspectos relevantes, la Religión Católica como religión principal, y sin permitir ninguna otra, en su artículo 5, adoptando criterios idealistas y religiosos así como otorgaba poderes a los alcaldes para administrar justicia y con funciones de conciliadores en las demandas civiles²³⁹

²³⁷ SÁENZ, Jorge Francisco Carbonell. *Libro segundo El derecho nacional*. San José: Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta, 2015. p.11.

²³⁸ MARTINEZ, Otto W. FLORES, María T. *Constitucion de la Republica de Honduras*. Tegucigalpa: OIM Editorial, 2013. p.16.

²³⁹ Ídem. p.20.

1839 Constitución Política del Estado de Honduras, esta es la primer constitución de la republica de Honduras desligada de la federación centroamericana, esta constitución innovo con la consagración de principios como el de la anualidad de presupuesto para gastos, cambios en la forma de elección de autoridades, sin embargo esta constitución mantuvo su vigencia hasta el año de 1848 donde surgió una nueva constitución de la republica bajo el mandato del presidente Juan Fernández Lindo²⁴⁰ esta constitución es la sexta bajo el territorio hondureño, y coloca la participación, de una república libre soberana pero indicaba que formaba parte de la confederados de centro américa por lo que es notorio que aún existía en la región temas de integración y de unidad entre países.²⁴¹

Posteriormente en el año 1865 se forja la siguiente constitución de la republica de Honduras en fecha 29 de Septiembre, en esta constitución ya se reconoció por primer vez el derecho de Habeas Corpus en artículo 77 y se abolió la pena de muerte teniendo como principios principales y se volvió al sistema unicameral eliminando el senado, esto dio como punto de partida las bases y visiones de lo que sería en el año 1873 que fue el que le dio vida a una nueva constitución de la republica de Honduras, sin embargo el país, se encontraba en constantes guerras civiles, Honduras sufrió doce guerras civiles y mucha inestabilidad en la titularidad del poder ejecutivo²⁴² por lo que las reuniones de las autoridades se tornaban con dificultad de desarrollarse con normalidad la conflictividad social no cesaba en el territorio.

1.2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE HONDURAS REPUBLICA DE HONDURAS DEL AÑO 1880 Y EL SURGIMIENTO POR PRIMERA VEZ DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS COMUNES CIVIL HONDUREÑO DEL AÑO 1881

La constitución política de Honduras del año 1873, se mantuvo hasta el año 1880 mismo año en donde llego a la presidencia Marco Aurelio Soto, considerado uno de los más grandes funcionarios en la historia del país, ya que fue en su gobierno donde surgió la reforma liberal, se establecen criterios más modernos sobre economía, educación, e impuso paz en los campos Bananeros.²⁴³ la consolidación del gobierno liberal de Benito

²⁴⁰ MARTINEZ, Óp. Cit., p.20.

²⁴¹ Ídem. p.20.

²⁴² MARÍÑA, Otero Luis. *Honduras en Edición*. Tegucigalpa: Editorial Cultura, 2003. p.250.

²⁴³ Los Campos bananeros de aquel entonces en Honduras, eran las empresas principales que generaban empleo, pero era empleos con salarios y condiciones deplorables, por lo que existía constantes conflictos entre patronos y trabajadores.

Juárez en México fue el detonante de la búsqueda de implementación de esta reforma liberal misma que fue en estos tiempos²⁴⁴, por ello se impusieron sólidos atributos para establecer un orden público y se modernizó la estructura legal así como se establecieron principios laicos²⁴⁵, el poder constituyente de aquella época fue abordada por grandes jóvenes juristas quienes comenzaron a formar la codificación del derecho material como el código civil, código penal, código militar, asimismo derecho procesal. El que se denominó como el código de procedimientos civiles²⁴⁶, por lo que podemos observar aquí es el primer precedente del surgimiento del derecho procesal.

1.2.2. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1881.

Este código de Procedimientos civiles al estar sometido bajo una constitución con normativas jurídicas con ideales implementados de carácter progresistas justamente trae consigo esa idea de generar la organización de la administración de justicia, este código es una copia casi literal del código de procedimientos civiles chileno, ya que la comisión elaboradora del código pensó que los jurisconsultos chilenos a través de su extenso trabajo en derecho procesal salvaría toda la realidad de América española²⁴⁷ de esta manera el código de procedimientos civiles está compuesta de 980 artículos divididos principalmente por cuatro libros, teniendo el libro primero de las disposiciones comunes, libro segundo del juicio ordinario, libro tercero juicios especiales, libro cuarto, actos de jurisdicción voluntaria, y un Libro único que era explícitamente dedicado al procedimiento en materia criminal, ya que en este tiempo no existía un código procesal penal auténtico.

En este orden de ideas, el libro que concierne relevancia para el presente trabajo es el libro segundo del juicio ordinario ya que en él se consagraban los acápites específicos que regulaban todo lo concerniente a la prueba en general.

²⁴⁴ YANKELEVICH, P. *Reforma liberal*. Tegucigalpa: UNAH, 2008. p.1.
disponible en: <https://historia.unah.edu.hn/dmsdocument/1465-reforma-liberal-pablo-yankelevich> último acceso 31/1/2020.

²⁴⁵ SÁENZ, Op. Cit. p.42.

²⁴⁶ YANKELEVICH, Op. Cit. p. 5 “El resto de los códigos emitidos siguieron otros modelos. El Civil y el de Minería se apegaron de manera fiel a los textos chilenos de 1855 y 1874, respectivamente; el Militar hizo lo mismo en relación con el italiano de 1869. El Código de Comercio se inspiró en el español de 1829 y también de España se tomaron las bases para el Código penal”

²⁴⁷ Exposición de Motivos de la comisión del código de procedimientos civiles hondureño del año 1980 “Chile vá a resolver en beneficio de toda la América española el arduo problema de una administración de justicia pronta, expedita y barata, sin perder de vista nuestro origen, nuestros antecedentes y nuestro desarrollo histórico, y sin introducir novedades en el procedimiento, que están muy lejos de nuestras costumbres judiciales”

El código de procedimientos civiles, planteaba los tipos de medios probatorios tradicionales art 285 como Instrumentos públicos. 2. Instrumentos privado. 3. Testigos. 4. Confesión en juicio. 5. Juramento deferido. 6. Inspección personal del tribunal. 7. Juicio o reconocimiento de peritos. 5. Presunciones, tipificaba los términos en los que debería de practicarse la prueba y en el lugar de como y donde debían de practicarse, de la misma forma tipifica un título de normas generales de la prueba, conteniendo en su forma un precedente formal de legislación procesal, que sin duda venia fuertemente evolucionando.

Posteriormente tras la renuncia del Presidente Marco Aurelio Soto como primer mandatario en el año 1894, se formó una nueva asamblea nacional constituyente dando origen así a la nueva carta magna en fecha 14 de Octubre del año 1894 misma que ya brindaba derechos como la presentación de recursos de amparo por cualquier arbitrariedad que lacerara su derecho, esta constitución innovo con la regulación de las normas de derechos fundamentales por lo que es el primer precedente en esta índole en el derecho hondureño, se otorgó la facultad al poder judicial para declarar la inconstitucionalidad de alguna normativa jurídica, asimismo brindaba una función muy clara en su articulado donde tipificaba que cualquier refugiado en su territorio era considerado aquel como un asilo sagrado (artículo 10)²⁴⁸ como dotes innovadores en relación al fortalecimiento de la democracia en su cuerpo legal consagro el voto secreto y directo, reconocimiento de las minorías electorales y consolido la abolición de la pena de muerte y controló algunas penas en cuanto a años de prisión.

1.2.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO DEL AÑO 1899.

El código de procedimientos del año 1881 fue derogado por el siguiente código de procedimientos de año 1899, el cual estaba influenciado directamente por el ordenamiento jurídico español²⁴⁹ este código estaba compuesto por 1460 artículos, básicamente este código manejaba casi la misma modalidad de proceso que el código anterior, solamente que este código introdujo algunos aspectos innovadores para la época, por ello por primera vez y únicamente el juicio oral y público ante un jurado, pero rápidamente fue derogado esta modalidad por el código procedimientos civiles del año 1906, ya que tal y como manifestaban las autoridades de aquel tiempo era muy

²⁴⁸ Constitución de la Republica de Honduras 1894 “*Artículo 10.*- La república de Honduras es asilo sagrado para toda persona que se refugie en su territorio.”

²⁴⁹ SÁENZ. Op. Cit. p.106.

complicado este sistema por no poder encontrar jueces imparciales y podrían dejar en libertad a criminales²⁵⁰.

Con esta constitución se cierra el ciclo de la evolución histórica constitucional hondureña del siglo XIX donde ya nos percatamos del surgimiento de la rama procesal y el surgimiento de normas fundamentales mismas que se utilizan en la codificación procesal civil vigente en el derecho Hondureño.

Una vez iniciando el Siglo XX , La constitución de la republica de honduras del año 1894 termino su vigencia hasta que entro en vigor la nueva constitución del año 1904 misma que consagra en su cuerpo jurídico otorgamientos de poderes al poder legislativo de poder elegir a los magistrados del poder judicial asimismo decidir sobre la reelección del presidente de la republica continuaba garantizando la libertad religiosa y fortaleciendo las normatividad de las garantías constitucionales como el Habeas Corpus y el Amparo se creó por primera vez la pieza del fiscal general de la república y el respeto a la autonomía de las municipalidades de cada región, cabe resaltar que la vigencia de la constitución de 1904 tuvo su vigencia hasta el año 1906 ya que en uno de sus artículos exigida su entrada en vigor hasta que la demás normativa material y procesal se creara en sintonía con lo que establecía la misma²⁵¹

De esta manera es cómo surgió el código de procedimientos comunes del año 1906, derogando el antiguo código de procedimientos civil del año 1899, cabe resaltar que el código de procedimientos comunes de Honduras de 1906, tuvo una durabilidad en vigencia de 107 años, y este mismo está en consonancia con el derecho material del código civil también de fecha 1906 mismo que aún sigue en vigor en el derecho hondureño.

1.2.4. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS COMUNES DEL AÑO 1906

El código de procedimientos comunes del año 1906 que venía manejando conceptos innovadores, como la oralidad de manera muy superflua, siempre aludía a la regulación de la parte procesal criminal en uno de sus acápite y mantenía la idea de la creación de normas jurídicas en búsqueda de la eficacia y eficiencia de la realidad social

²⁵⁰ Ídem. p. 106. “El juicio ante jurado fue objeto de críticas por el propio don Policarpo Bonilla, quien señaló la imposibilidad de encontrar jueces imparciales y que como consecuencia directa de ello se corrían los riesgos de castigar al inocente o dejar al delincuente en la impunidad”.

²⁵¹ Ídem. p.50. “Al aprobar la nueva Constitución, la Asamblea Constituyente dispuso que entrara en vigencia una vez que se decretaran las leyes secundarias en armonía con ella”.

de aquel entonces, está compuesto de 1306 artículos, en el acápite de las pruebas manejaba siempre los mismos medios de prueba, comienza la innovación de brindar oportunidad de presentar prueba nueva durante la tramitación del proceso las partes conocen de hechos nuevos que en el momento de presentar la demanda y medios probatorios desconocían, asimismo contiene diferencia de plazos y la libertad del juez de seleccionarlo por regla general, salvo los plazos que ya están expresados en la normativa.

En materia de Prueba anticipada, el código de procedimientos Comunes del año 1906, no tipifica ningún articulado respecto a la materia, como un instituto jurídico como tal, sin embargo en su artículo 250 menciona todas las diligencias prejudiciales, que se deben de tener como aquellas diligencias que se realizan antes de iniciar un proceso principal. En este orden de ideas, este artículo, hace menciones de algunas hipótesis en la que el actor puede solicitar a la persona del polo pasivo exhibición sea de algunos documentos por ejemplo pedir actas a comuneros de una sociedad mercantil, o exigir la exhibición de un testamento en caso de una herencia.

Esta figura jurídica no de naturaleza probatoria, sin embargo juega un rol pre proceso que sería lo más relacionado a la figura de a prueba anticipada.

1.2.5. CONSTITUCIÓN VIGENTE DE LA REPUBLICA DE HONDURAS DE 1982 Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL VIGENTE DEL AÑO 2007

El siglo XX fue un siglo que ha traído desde catástrofes mundiales a nivel social, económicos, pero también es un siglo que ha traído avances educacionales y jurídicos, o sea la formulación de normativas jurídicas, críticas y evolución académica fue muy provechoso en este siglo, así mismo lo demuestra la historia constitucional, desde la constitución de la republica de Honduras del año 1906 existieron otras constituciones como ser las del año 1921 del 9 de Septiembre, Constitución Política de la Republica de centro América, como un intento fallido de una unión entre Guatemala y El salvador, lo cual nunca pudo llevarse a cabo, posteriormente la constitución política de la republica de Honduras del año 1924 misma que fue derogada por la constitución de la republica del año 1936, que comenzaba a establecer principios de nacionalidad como el Ius Sanguini y consagraba nuevamente el rotundo apoyo al habeas corpus y el amparo como garantías constitucionales, años más tarde en 1957 surge la vigencia de una nueva constitución política de la republica de Honduras establecida por una junta militar a raíz de un derrocamiento al presidente anterior Lozano días, así mismo mediante otro golpe de estado en el año 1965 por el Coronel Oswaldo López Arellano quien estableció la nueva

constitución que perduro hasta la llegada de la constitución del año 1982, misma que encuentra su vigencia hasta en la actualidad.

Como se puede percibir el siglo XX en Honduras fue un siglo con muchos rompimientos al orden constitucional, por lucha de poder e inestabilidad jurídica por lo que el desenvolvimiento más allá de lo jurídico del Código de procedimientos comunes de 1906 Se vio afectado por lo social y lo político, a llegar el siglo XXI , en el año 2007 se estimó que ya no se podía continuar con un código de procedimientos comunes con más de 101 años de vigor, por lo que se instauo una comisión para realizar el proyecto del nuevo código denominado como Código Procesal Civil del año 2007.

1.2.6. CODIGO PROCESAL CIVIL 2007 – VIGENTE

Este código por su parte consagra una renovación parcial del código que se deroga, sin embargo se conservan muchas de las figuras e instituciones jurídicas que el antiguo código de 1906 contenía, el CPC/2007 código que tipifica principios que van orientados a la normas fundamentales establecidas en la constitución de la republica de Honduras del año 1982 intentando estar en consonancia con el respeto de garantías y derechos constitucionales, en relación a la prueba que es lo que nos concierne, este CPC/2007 maneja principios fundamentalmente de la oralidad, modificando radicalmente el antiguo código²⁵² aquí ya se deroga la prueba por juramento y la prueba por confesión, que se sustituyen en el interrogatorio de parte²⁵³, se regula por primera vez la prueba prohibida en un proceso, asimismo se regula los medios probatorios reproductivos de imagen y sonido apegándose a la revolución tecnológica que las sociedad ha ido transformando, en este sentido el código en sus disposiciones generales obliga al juez que estuvo presente en la producción de las pruebas a emitir una resolución de fondo bajo una sanción en caso de no hacerlo, establece criterios de carga de la prueba de estudios y derecho comparado así como de la doctrina tradicional y doctrina moderna en forma general, este código viene a intentar solventar problemas básicos que el antiguo código contenía y a través de estas novedades busca la forma para lograr el acceso a la anhelada justicia civil.

El Código de proceso civil, de 1906 no tipificaba la prueba anticipada, por lo que el CPC/2007 innova con la tipificación de este instituto procesal, dándole las características de la cautelaridad como presupuesto principal para su admisión y

²⁵² CATENA, Víctor Moreno de. et al. *Módulo 4 Explicación instructiva del nuevo código procesal civil de Honduras*. Tegucigalpa: Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2007. p.24

²⁵³ *Ibíd.* p.24.

posteriormente su producción principalmente en su articulado 246. asimismo al referirnos en analizar la prueba anticipada como un proceso, pre procesal, este código contempla otras figuras preparatorias al proceso, y estas se llaman precisamente diligencias preparatorias, que consisten en herramientas de suma importancia en los casos sea para determinar la capacidad o representación legítima de las partes, la exhibición de documentos o el aseguramiento de la cosa en la que va recaer el proceso, todo ello regulado por el CPC/2007 principalmente desde su artículo 405 al 413, siendo así una nueva figura jurídica pre procesal innovadora del CPC/2007. Así mismo dejan claro su objetivo de construir bases sólidas para el inicio de una demanda judicial, cuando se quiere solucionar algunas dudas sobre la legitimidad del sujeto pasivo o para preparar un proceso futuro aclarando algún elemento desconocido que es de carácter fundamental²⁵⁴ Asimismo el CPC/2007 innova con una variedad de medidas cautelares para cada procedimiento en específico así como para normas generales reguladas en el Libro tercero, de las medidas cautelares título I de las Normas Generales en el Capítulo Único que encuentra su regulación en el artículo 350 hasta el 396.

Ya en cuanto al procedimiento el CPC/2007 divide los procesos en proceso Abreviado y Procesos Ordinarios, asignándole a estos últimos una división entre el inicio con la demanda, contestación, reconvencción, en el caso de existir posteriormente una audiencia preliminar, proseguida por una audiencia probatoria, que dan paso a los alegatos finales y que finaliza con una sentencia.

Asimismo el proceso ordinario tiene una serie de procesos especiales, que radican en procesos de impugnaciones de acuerdos sociales, procesos de Competencia desleal, Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Publicidad, Condiciones generales de contratación, Arrendamientos Urbanos o rurales, Retratos, Responsabilidad de jueces y magistrados y de miembros del ministerio público y pretensiones colectivas.

Por otra parte también maneja un procedimiento denominado como procesos Abreviados, donde consagra los procesos que serán desarrollados por las normativas que

²⁵⁴ RODRIGUES. Marco Antônio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Preparação do processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-action protocols. São Paulo: *Revista de Processo*, 2019. Vol 290. P.413-438. P12. Disponible en <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a00000170e0073328b892f839&docguid=I63d937b04f8711e9831d010000000000&hitguid=I63d937b04f8711e9831d010000000000&spos=11&epos=11&td=16&context=377&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> último acceso 19 de Feb 2020.

solo este tipo de procedimiento competen, tales como pretensiones posesorias, calificación registral, rectificación de hechos o informaciones inexactas y perjudiciales, propiedad horizontal, prescripción adquisitiva, deslinde y amojonamiento, pretensiones derivadas de accidentes de tránsito artículo 400 CPC/2007 así mismo este goza de características de especialidades reguladas en su artículo 597, donde contempla los procesos no dispositivos y dispositivos consagrando los procedimientos de familia, alimentos filiaciones de paternidad, prodigalidad e incapacitación, divorcio, adopción, etc.

De esta forma contempla su procedimiento respectivo monitorio regulado en su artículo 676, y así cerrando con los procedimientos por el proceso de tutela sumaria regulado por el artículo 686 hasta el 689. Prosiguiendo por el proceso ejecutorio y los recursos que están regulados desde el artículo 690 hasta 911.

2. LA PRUEBA ANTICIPADA Y EL CODIGO PROCESAL CIVIL 2007

Como ya he expresado en el acápite anterior, la visión, la influencia, y por supuesto los principios procesales y constitucionales principales, comenzare a desarrollar la prueba anticipada en el Código Procesal Civil del 2007.

El CPC/2007, contempla en su estructura, específicamente en el Libro Segundo denominado “Las Pruebas”, Título primero, capítulo VI, en sus artículos 246 hasta el 250, lo concerniente a la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba. Esta división es fundamental, ya que el legislador pretende que al ser regulados en la estructura supra citada, enfatiza en la diferencia entre estos institutos, que es la prueba anticipada propiamente dicha, y el aseguramiento de prueba²⁵⁵ y no en un rubro cautelar específicamente si no en una mezcla entre cautelar y materia probatoria. Tipificado en su artículo 246.²⁵⁶

:

“

²⁵⁵ Asimismo estos conceptos de Prueba Anticipada y Aseguramiento de Prueba, en ningún caso debe de confundirse con las figuras de las medidas cautelares y las diligencias previas propiamente dichas.

²⁵⁶ ARTICULO 246.- SUPUESTOS DE ANTICIPACION DE LA PRUEBA 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. Durante la tramitación del proceso cualquiera de las partes podrá solicitar la práctica anticipada de prueba en los casos a que se refiere el numeral anterior.

2.1.1. TEMPORALIDAD

Un primer aspecto para iniciar a desarrollar este proceso, es el tipificado en su numeral primero, es en relación a la temporalidad de la prueba anticipada y el aseguramiento de prueba.

Por regla general, la prueba anticipada como su definición establece, está orientada a incoarse antes de la iniciación de un procedimiento futuro y principal, sin embargo es evidente que esta herramienta también puede producirse durante un proceso ya iniciado, siempre y cuando se cumplan los presupuestos para su admisión, y por consiguiente las otras etapas del proceso probatorio en sus respectivos casos.

Por otra parte la prueba anticipada y el aseguramiento de prueba, es presentado como una solicitud más no como una demanda, como es tipificado en el art 246 numeral 1 por lo que podría aludirse su carácter voluntario y no contencioso como regla general.

2.1.2. HIPÓTESIS DE ADMISIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA VIGENCIA DEL CPC/2007

El presupuesto principal y primordial para la admisión, de esta prueba anticipada o el otorgamiento del aseguramiento de la prueba anticipada, es la necesidad de la urgencia o temor de que en un futuro esa fuente probatoria pueda perecer, sean por condiciones de casos fortuitos o posibles casos de fuerza mayor, por lo que en teoría no podría admitirse de ninguna otra forma la prueba anticipada antes de un proceso así como durante un proceso. Entendiendo que la prueba anticipada, constituye un medio excepcional que solamente puede admitirse si se comprueba que el medio probatorio está expuesto a perderse o a imposibilitarse su producción en un futuro²⁵⁷.

Otro presupuesto indudablemente radica en la presentación de la demanda después de haber producido la prueba anticipada o el aseguramiento de prueba, ya que la ley es taxativa en cuanto a la eficacia de la prueba anticipada. Por ello la presentación de la demanda del juicio principal “antes de un proceso” es principal, ya que de lo contrario será imposible su eficacia en el proceso, y por tanto su admisión.

²⁵⁷ DE SANTOS, Víctor. *El Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999. T.I. p.98.

En este orden de ideas otro presupuesto para que este medio probatorio tenga la factibilidad y eficacia en un proceso futuro, es obligatorio como presupuesto el respeto al principio y garantía fundamental del contradictorio, es decir todas las partes deberán de ser citadas en la solicitud para la producción de la prueba anticipada o aseguramiento de la prueba anticipada, por ello es que se obliga al solicitante a que establezca los datos y generales de ley del demandado o posibles demandados, sean personas físicas o jurídicas, respetando y garantizando así el principio del contradictorio²⁵⁸.

2.1.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa, otorgándola principalmente, a aquella persona, que inicialmente se crea con un derecho material lesionado para instar un proceso o demanda frente a la tutela jurisdiccional, ya como es tipificado en el artículo 247 numeral 2 no se otorgara valor probatorio a lo actuado si la demanda no se interpone en el plazo de un mes haciendo la salvedad que si se acredita que por fuerza mayor o caso fortuito no pudiese iniciarse ese procedimiento.

2.1.4. LEGITIMACIÓN PASIVA

En esta misma lógica recae la Legitimación Pasiva, en aquellas personas físicas o jurídicas, que actúen afirmando ser los titulares de la relación jurídica o del objeto litigioso artículo 64 CPC/2007, esto debe respetarse cuando se practique la prueba anticipada antes del proceso principal, ya que en un proceso iniciado se entiende el debido emplazamiento, contestación y actuación, de las partes legítimas, por pasar por el filtro de análisis de competencias y saneamiento del proceso por parte del órgano jurisdiccional.

2.1.5. COMPETENCIA

El CPC en sus artículos 23 al 43 regula lo concerniente a la competencia, misma que es entendida como Competencia funcional, objetiva y territorial, por lo que la prueba anticipada y aseguramiento de prueba se somete a estas reglas para la presentación de la

²⁵⁸ En este sentido se puede percibir un aspecto relevante en cuanto a la ignorancia del paradero del o de los demandados en cuanto a domicilio y datos de generales de ley, ya que se si el demandante desconoce esta información, se vería dificultado la producción o aseguramiento de la prueba y por tanto su derecho a la prueba ser vería vulnerado, por lo que una posible sugerencia radicaría en equiparar el derecho a prueba y el principio del contradictorio.

solicitud, por ello el artículo 246 numeral primero enfatiza en que el juez competente es aquel que debería de conocer el proceso principal futuro, aquí se puede percibir la intención del legislador por la burocratización del respeto al principio de inmediación²⁵⁹.

Además el solicitante deberá llenar los criterios para presentar la solicitud, también esta será analizada de oficio por parte del órgano jurisdiccional para conocer la prueba así como conocer del proceso principal. Por ello podríamos entender que el órgano competente es los órganos de primera instancia, asimismo podría conocer los juzgados de paz en el caso que no supere la cuantilla que la misma normativa jurídica expresa.

Y en su defecto podría conocer el tribunal en segunda instancia siempre y cuando la prueba anticipada sea de forma incidental.

3. PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA ANTICIPADA Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA.

El procedimiento en relación a la proposición y la práctica de la prueba anticipada, será regulado principalmente por el artículo 247 la cual me centrare en desarrollar en bajo los parámetros siguientes..²⁶⁰

3.1.1. ESCRITO DE PETICION

²⁵⁹AGUILAR, Bessy Victoria. *Proyecto. Fortalecimiento del poder judicial de Honduras cooperación Española código procesal civil comentado Honduras*.- coordinador de la obra magistrado Juan Miguel Carreras Mazaña. Tegucigalpa: editorial, 2009 p.183. “en aplicación al principio de Inmediación, es indispensable la intervención del juez que haya de conocer el proceso, ello implica que debe determinar su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial”

²⁶⁰ HONDURAS, Óp. Cit. p.167. ARTÍCULO 247.- PROPOSICION Y PRÁCTICA DE PRUEBA ANTICIPADA AL INICIO DEL PROCESO.1. La proposición de prueba anticipada se hará conforme a lo dispuesto en este Código para cada medio probatorio, exponiendo las razones en que se apoye la petición. Asimismo el solicitante designará la persona o personas a las que se proponga demandar, que serán citadas, con al menos cinco (5) días de antelación, para que puedan intervenir en la práctica del medio de prueba. Si el juzgado o tribunal estimare fundada la petición, accederá a ella, disponiendo su práctica en la forma ordinaria. 2. No se otorgará valor probatorio a lo actuado si la demanda no se interpusiere en el plazo de un mes desde que la prueba anticipada se practicó, salvo que se acredite que, por fuerza mayor o caso fortuito, no pudo iniciarse el proceso dentro de dicho plazo. 3. Para los efectos de la inmediación la prueba anticipada será introducida en la audiencia probatoria mediante su lectura y de ser posible su reproducción. 4. La prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento procesal oportuno, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal ordenará su práctica y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada en el momento procesal oportuno

Abordando los criterios de los presupuestos, competencias y jurisdicción de los tribunales para conocer de la solicitud de la prueba anticipada específicamente antes del proceso principal y durante un procedimiento, respetando lo que tipifica el Capítulo III de la proposición y admisión de la prueba que está regulado desde su artículo 239 hasta el 241 ya que se establecen los criterios que amoldan el proceso probatorio hondureño.

Asimismo esta solicitud, deberá ser presentada en base a los requisitos del artículo 424 de la demanda del proceso ordinario, ya que es lo que mejor ordena la presentación de información que forman los escritos frente a los órganos jurisdiccionales, por ello es evidente que tiene que establecer los criterios de la urgencia y además de ello citar con al menos 5 días de antelación a todos los demandados del posible proceso futuro principal, para que puedan comparecer y garantizar así el contradictorio en la producción de la prueba anticipada y aseguramiento de la prueba además con todos los principios, garantías, procesales y constitucionales.

En este orden de ideas el mismo tribunal analizara el fondo y forma del escrito para su admisión, ocurrida esta procederá a la citación de los demandados y luego en tiempo y forma la producción de la prueba, es decir producirla como cada medio probatorio regula en los artículos 251 hasta 349 en su respectivos casos del medio probatorio solicitado.

Es importante señalar el criterio que la misma ley otorga en su artículo 247 numeral 4, en cuanto a la posibilidad de la practica nuevamente, evidentemente en la hipótesis de la posibilidad de esta producirla en ese momento, de cumplir esos presupuestos el tribunal producirá y valorara ese medio probatorio garantizando el derecho a prueba, teniendo en cuenta que esa valoración de la prueba es para la prueba anticipada producida *ante demandan* y durante el proceso bajo las reglas de la sana critica que ya establece como reglas de valoración el mismo CPC/2007.

3.1.2. DEFENSA Y RECURSOS

En cuanto a la defensa y presentación de recursos, una vez presentada la solicitud al órgano jurisdiccional sea antes del proceso principal o durante el proceso principal el

juzgado deber analizar todos los presupuestos y requisitos formales y materiales de admisión e inadmisión para resolver mediante providencia²⁶¹ .

Por ello el artículo 193 manifiesta: *“la providencia, cuando la resolución se dicte por aplicación de normas de impulso procesal, y cuando el tema procesal resuelto no exija motivación, en todo caso se citara el fundamento de derecho aplicable”*²⁶² en la práctica forense los juzgados resuelven a través de providencias sin embargo hay un sector muy fuerte de la doctrina que estima que debería ser resuelto por auto es decir una resolución más completa y principalmente motivada.

3.1.3. DEMANDANTE O SOLICITANTE

En la legislación hondureña los medios de impugnación o recursos judiciales, son regulados por el código de proceso civil e su respectiva materia y por la ley de Justicia Constitucional, concentrando en el primer cuerpo jurídico aludido, los recursos de reposición, recurso de apelación y de casación, artículo 691, CPC/2007 y el recurso de queja cuando no se permita sustanciar un recurso de apelación o de casación en su respectivos casos.

En el caso de la prueba anticipada y aseguramiento de prueba al momento de su inadmisión, el recurso procedente ante la resolución en forma de providencia del tribunal será el recurso de reposición Artículo 694/CPC2007, ya que es el asignado para recurrir las providencias y los autos no definitivos.

En este orden de ideas, si en su respectivo caso denegado el recurso de reposición, la parte perjudicada solamente podrá presentar el protesto para hacer valer sus derechos en el recurso de apelación contra la sentencia definitiva.

Esto por supuesto es una congruencia ya que esta es una normativa tipificada en el artículo 240 del CPC/2007, ya que la figura del protesto solamente puede emplearse en el acto de la audiencia y de forma oral, y la inadmisión de la solicitud de la prueba anticipada es por obvias razones resuelta por el órgano jurisdiccional a través del escrito de la providencia.

²⁶¹ Artículo 193 Capítulo VI resoluciones Judiciales Sección 1 “ Clases , Contenido y requisitos formales, Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales civiles se denominaran providencias autos y sentencias, numeral 2 en los proceso de declaración y ejecución así como en los procedimientos cautelares si la ley no expresa la clase de resolución que haya de emplearse adoptara la forma de Providencias autos o Sentencias

²⁶² HONDURAS, Óp. Cit. p.147.

Por lo que, reitero la viabilidad de pertinencia del recurso de reposición por escrito frente a la providencia denegatoria de la solicitud de la prueba anticipada o aseguramiento de prueba.

3.1.4. DEMANDADO O FUTURO DEMANDADO

En el caso del demandado encuentra una situación bien hostil en cuanto a la defensa que él tiene de la solicitud de la prueba anticipada y el aseguramiento de prueba, ya que la ley hace as í caso omiso en cuanto a este tema.

El demandado realmente no tiene forma de oponerse ni a los hechos en los que supuestamente recae la producción de la prueba anticipada o aseguramiento de prueba, principalmente porque el ya es citado para intervenir en la producción de la prueba, sin ni siquiera tener un traslado para el oponerse en cuanto a los hechos ni la inviabilidad de posibles medios de pruebas solicitados por el demandante, por lo que el filtro de contención recae específicamente en dos aspectos, orientados principalmente al órgano jurisdiccional, la viabilidad del medio de prueba y los hechos en que se funda la petición. Y por otra parte que el demandante presente la demanda del proceso principal para la eficacia de la prueba anticipada o aseguramiento de prueba.

En este caso soy del criterio que debería de darse traslado en el sentido que es de relevancia el demandado poder oponerse sobre los hechos en que se basa la solicitud y sobre la viabilidad de los medios de prueba a producir da fuente probatoria hasta porque eso podría ayudar a formar verdaderamente el objeto de la prueba del proceso futuro.

Por otra parte la misma legislación en el artículo 240 numeral 3 del CPC/2007 tipifica categóricamente que una vez admitida un medio de prueba ese simple y sencillamente será irrecurrible limitando más todavía las posibilidades del demandado a recurrir la citación o la acción de la prueba anticipada propiamente dicha, para la producción de prueba anticipada o aseguramiento de prueba.

3.1.5. CUSTODIA DE RESULTADOS

Una vez expuesta la práctica de la prueba anticipada o aseguramiento de prueba, procede la custodia de los resultados, para ello el CPC/2007 es claro en otorgar esa función al órgano jurisdiccional de manera que pone un plazo para esto, hasta la interposición de la demanda que es de un (1) mes desde que se practicó la prueba anticipada o aseguramiento de la prueba.

Por otra parte si por alguna circunstancia el que deba de conocer un tribunal distinto del que produjo la prueba anticipada simple y sencillamente a instancia de parte de solicitar el traslado para el otro órgano jurisdiccional, de forma que la responsabilidad del tribunal siempre radicara.²⁶³

Es menester dejar claro que la secretaria del órgano jurisdiccional será la obligada a custodiar los documentos materiales resultados etc. de la práctica de la prueba anticipada, así mismo en el caso de interpuesta la demanda del proceso principal, y en el respectivo caso de volverse a practicar de ser posible ese medio probatorio objeto de la fuente que fue objeto de la prueba anticipada, no significa que la prueba anticipada misma pierda su valor, está siempre será valorada por el juzgador en base a las reglas de la sana critica²⁶⁴.

3.1.6. ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

El aseguramiento de la prueba es una medida que cumple con los presupuestos de admisión frente a la producción anticipada de la prueba, sin embargo estas figuras no deben de confundirse bajo ninguna hipótesis ya que cada una de ellas tiene particularidades específicas. Por esto el artículo 246 del CPC/2007 tipifica:

“ARTICULO 249.- MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA.
1. Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo podrá pedir al tribunal que adopte las medidas de aseguramiento que resulten adecuadas para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, se puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, y resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o carezca de sentido proponerla. La solicitud se dirigirá al órgano jurisdiccional 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 la adopción de estas medidas en los casos a que se refiere el numeral anterior. 3. Las medidas consistirán en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características. 4. Para los fines de aseguramiento de la prueba podrán también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, incurriendo en responsabilidad penal quien los infrinja”²⁶⁵.

²⁶³ Artículo 248 CPC/2007 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 hasta que se interponga la demanda. 2. Si de la demanda hubiese de conocer en definitiva un tribunal distinto del que acordó y 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.

²⁶⁴ AGUILAR, Óp. cit. p.185.

²⁶⁵ HONDURAS, Op. Cit p.168.

El objeto principal del aseguramiento de la prueba, radica en proteger una fuente probatoria, es decir la figura del aseguramiento de la prueba se solicita al órgano jurisdiccional competente, o sea al órgano que se someta a las reglas de competencias en cuanto a fuente de prueba domicilio del demandado y demás reglas de competencias y jurisdicción que el CPC/2007 tipifica.

Esto con la exclusiva intención que el solicitado emita una resolución, otorgando medidas que aseguren la fuente probatoria vía mandato judicial.

En este orden de ideas, esa solicitud busca precisamente que el órgano jurisdiccional aplique medidas adecuadas para evitar que por razones de fuerza mayor o casos fortuitos se destruyan o sea imposible practicar esa fuente de prueba por medio de un medio probatorio en un proceso judicial.

Cualquiera puede solicitar este aseguramiento de la prueba, durante un proceso en curso, en vista de la reconocible legitimidad de las partes tal y como tipifica el artículo 64 del CPC/2007.

En el caso de la presentación antes del proceso debe de remitirse a los requisitos de legitimación y además de ello confirmar y constatarla en base a la necesidad o urgencia de asegurar ese medio de prueba y ligarlo con los hechos que deberán concordar en la demanda del proceso judicial futuro.

Asimismo la normativa jurídica es clara en cuanto a la libertad de decisión del tribunal en el caso de admisión de la solicitud del aseguramiento de la prueba para otorgar las medidas que sean prudentes, y útiles para la conservación de la fuente probatoria.

Por esto, el mismo artículo aludido en su numeral cuatro, manifiesta que en el aseguramiento de prueba el órgano jurisdiccional puede impositivamente realizar mandatos a tercero de hacer o no hacer respecto a una actividad para conservar esa fuente probatoria, haciendo la aclaración que la violación de este mandato incurriría en responsabilidad penal.

Otro aspecto distintivo del aseguramiento de la prueba frente a la prueba anticipada, son los requisitos, es decir el aseguramiento de prueba solamente podrá ser admitido cuando el aseguramiento a través de sus medidas la fuente probatoria sea posible, pertinente y útil desde el momento de presentada la solicitud.

Por otra parte se relacionan con la prueba anticipada , los presupuestos del temor, o el requisito inherente de la urgencia para asegurar dichas fuentes probatorias, de manera que de lo contrario no puedan producirse en un proceso futuro art 250 CPC/2007.

Además de este aspecto la figura de la prueba anticipada se asemeja con el aseguramiento en cuanto a la obligatoriedad de la presentación de demanda a un proceso principal dentro de un plazo determinado, en este caso es un mes de lo contrario su efectividad carecerá de valor haciéndola clara excepción que la demanda principal no se pudo presentar por razones de fuerza mayor o casos fortuitos sin embargo deberá de ser probado.

Es de relevancia retirar que el aseguramiento de una fuente de prueba a diferencia de la prueba anticipada, es que no se designa las personas o persona que se propone demandar en un futuro y mucho menos se cita para pedir las medidas de aseguramiento, el tribunal se limita a valorar los criterios requisitos y presupuestos de admisión, para decretar medidas sobre fuentes de pruebas, no a producir ningún medio probatorio.²⁶⁶

En este orden de ideas, quiero reiterar que el solicitante si bien es cierta no cita a otras personas, si deberá de establecer de manera sucinta en su escrito, la relación que tendrá esa fuente probatoria con los hechos que se establecerán con el escrito del proceso principal futuro.

²⁶⁶ Ídem. p.185.

4. ¿PODRÍA LA ACCIÓN AUTÓNOMA DE PRUEBA ANTICIPADA REGULADA POR EL CPC/2015 SER UTILIZADA EN LA REALIDAD JURÍDICA HONDUREÑA?

Hasta este punto, he desarrollado, un contexto histórico e además de ello establecer los parámetros generales en cuanto a la prueba anticipada y su procedimiento en el código de proceso civil hondureño del 2007, además de ello realice una conceptualización de cómo es entendida la prueba anticipada en la legislación aludida.

En este apartado es una parte fundamental al presente trabajo, ya que plantearé los criterios que darán respuesta a la pregunta si es posible la aplicación de la Acción de la Prueba anticipada del código de Proceso civil del 2015 brasileño, en la realidad jurídica hondureña. Dicho sea de paso este interés también podría potencialmente aplicarse a otros países latinoamericanos que conozcan la prueba anticipada, con características posiblemente más peyorativas en relación al derecho a prueba, y la limitación de medios probatorios y plazos limitativos precisamente para la aplicación de la prueba anticipada como posibilidad de usarla en otros países con la finalidad de facilitar la solución de conflictos de forma hasta extrajudicial²⁶⁷

La Acción de la Prueba anticipada del CPC/2015 es una demostración del acercamiento entre el *Common Law* y el *Civil Law* que fue de donde se influencio, y es esta influencia la que quiero demostrar si puede aplicarse o no a la realidad jurídica derecho Jurídica hondureña

Para esto, es menester mencionar, que desarrollare el arco procesal en base a los presupuestos procesales, mismos que desarrolle en el capítulo II, asimismo concluiré si es posible o no la aplicación de una prueba anticipada como es regulada en el CPC/2015. Por lo que comparare y en las conclusiones manifestare los criterios oportunos que den respuesta a la pregunta supracitada.

²⁶⁷ DIAS, Isabela Santos. VIANA, Luciana Contreiras, ROCHA, Luiza Teixeira. NUNES DOS SANTOS, Yago da Costa. A produção antecipada de Provas Como Instrumento de Resolução Extrajudicial de Conflitos. São Paulo: Revista de Processo. 2019. V. 287. P. 179- 204. p.4. Disponible en: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000170df94147035c24555&docguid=I04028f20ff6011e89c31010000000000&hitguid=I04028f20ff6011e89c31010000000000&spos=20&epos=20&td=21&context=233&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Ultimo Acceso 27 de Feb 2020.

Esta posición es adoptada en virtud, que la prueba anticipada actual del CPC/2015 era una figura jurídica que traía consigo un largo debate doctrinal en cuanto a su aplicación, todo ello antes de su entrada en vigor, de esta forma ya la doctrina manifestaba la posibilidad de utilizarla²⁶⁸, es decir la acción autónoma de prueba anticipada inclusive bajo la legislación del código de proceso civil de 1973 brasileño, que dicho sea de paso esta figura jurídica era de orden cautelar y distinta de lo que se conoce hoy en el CPC/2015, sin embargo no existía una expresión o limitación por la ley para utilizarla como se conoce hoy con el CPC vigente, este era el argumento principal, además de esto existen otras líneas argumentativas que utilizare y que concluiré en su respectivo momento la viabilidad y posibilidad o no de uso de una acción autónoma de prueba anticipada en el derecho hondureño.

4.1.1. ARCO PROCESAL, DEL INSTITUTO DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2017 HONDUREÑO

4.1.1.1.SOLICITUD O PRESENTACION DE LA PRUEBA ANTICIPADA.

La presentación de la acción de la prueba anticipada, será realizada en los parámetros que el artículo 246 del CPC/2007²⁶⁹, es decir con una naturaleza de Solicitud y no como demanda, asimismo dicha solicitud será de carácter formal y escrita, tal y como reza el artículo artículo 424.1 CPC/2007²⁷⁰, este escrito estará sujeto a los requisitos formales que este mismo artículo 424.2 CPC/2007. En el sentido que concentra y es el que mejor reúne la información para presentación de un escrito frente al poder judicial hondureño.

²⁶⁸Ya Juristas brasileños de reconocida reputación, discutían, analizaban, escribían, en cómo podría desarrollarse la prueba anticipada, como una acción autónoma y con las hipótesis sobre conciliación o fomentar la autocomposición de la Litis entre las partes, y verificar los chances para vencer o no durante un proceso futuro, ejemplo de esto el profesor Antonio do Passo Cabral y su Artículo *Os Efeitos Processuais da audiência Pública*, publicada en la revista de Direito do Estado, en Abril/Junio, en el año 2006, en sus páginas 201- 213, así como la tesis más fuerte sobre el tema en el derecho brasileño, autoría del profesor Flavio Luiz Yarshell, denominada como *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. Del año 2009. Misma que fue defendida en la Universidade de São Paulo.

²⁶⁹ ARTICULO 246.- SUPUESTOS DE ANTICIPACION DE LA PRUEBA. 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.

²⁷⁰ ARTICULO 424.1 Todo proceso judicial comenzará por medio de demanda escrita, en la que el demandante interpondrá la pretensión

En este sentido se puede percibir que la acción de la prueba anticipada en el CPC/2007 tiene características de denominación como solicitud, de forma escrita y formal como la denomina la misma legislación, sin embargo es estructurada con los mismos elementos de una demanda ordinaria.

4.1.1.2. LEGITIMACION

La legitimación sea activa o pasiva juega un rol fundamental en todo tipo de acción para su desarrollo viable, por ello en los siguientes acápite desarrollare la legitimación activa y pasiva dentro del ámbito antes de la demanda como durante un proceso judicial.

4.1.1.2.1. ANTE DEMANDA

Abordare en este apartado lo concerniente a la legitimidad sea Activa o Pasiva, en el ámbito pre proceso principal, es decir en proceso anterior a la demanda.

4.1.1.2.1.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Al igual que en el caso brasileño, la legitimación de las partes, la competencia y jurisdicción del tribunal son presupuestos fundamentales para conocer, admitir, resolver sobre peticiones al poder judicial, es por ello que el artículo 64 del código de proceso civil hondureño 2007 tipifica lo relacionado en cuanto a la legitimidad y reza lo siguiente:

“Artículo 64.- legitimación ordinaria y extraordinaria. Para efectos procesales son partes legítimas ordinarias las que comparezcan y actúen en juicio, en posición jurídica contrapuesta, afirmando ser titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, sea inter vivos, sea mortis causa. Las leyes podrán otorgar en determinados supuestos, bien por tratarse de una sustitución procesal, bien por razones de interés público o social, legitimación extraordinaria a personas distintas de los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso La legitimación en pretensiones colectivas será la que se determina en este Código o en otras leyes complementarias”.

Es destacable resaltar que el CPC/2007 reconoce dos tipos de legitimidades, la ordinaria, que se otorga por ser los titulares de la relación jurídica, así como la extraordinaria orientada a las determinados supuestos de sustitución, o transmisión de representación de derechos u obligaciones que ocasionarían ser los titulares de la legitimación.

Asimismo esa legitimidad como enfatiza el artículo citado, recae precisamente en el titular de la relación jurídica del derecho material, Es decir en la parte procesal respectiva, dejando claro que parte procesales y no sujetos procesales que en esta última categoría

encuentra otra naturaleza²⁷¹. Por ello surge un punto a destacar y es cuando nos referimos a la legitimación dentro de la prueba anticipada.

En el caso particular de la prueba anticipada realmente no se toca ni se hace ninguna valoración de derecho material, es decir, entendiendo que la naturaleza de la prueba sea de índole procesal o de derecho material²⁷², sin embargo, en el caso de la legislación hondureña la prueba anticipada es entendida como un proceso preliminar a un proceso principal para su eficacia de forma obligatoria esto en el caso antes de demanda, por lo que el legitimado activo deberá de denominar las razones para su petición y estas son debido a la urgencia para producir ese medio probatorio, y deberá constatar su legitimidad como futuro demandante, es decir que goce de la titularidad de la relación jurídica, relación procesal, y por tanto de la relación del derecho material.

Se entiende que el legitimado demandante será el mismo que tenga la legitimidad activa en el proceso principal, de la relación jurídica y la relación material en el proceso futuro. Ya que de no ser de esta forma, no podría en ningún momento tener legitimidad la prueba producida en esa acción de prueba anticipada y por tanto sería nada más que pérdida y saturación de trabajo en el poder judicial.

4.1.1.2.2. LEGITIMACIÓN PASIVA

En este orden de ideas lo mismo debe de suceder en cuanto al polo pasivo de la legitimación en la prueba anticipada ya que el artículo 64 citado, tipifica que deberá ser titular de la relación jurídica, el cual tiene una posición realmente pasiva en esta acción, sea porque ni siquiera tiene facultades reales de oponerse de forma escrita a la prueba anticipada no al menos que el CPC/2007 lo menciona, ya que este establece que el polo pasivo podrá intervenir en la prueba anticipada artículo 247 numeral 1 “*Asimismo el solicitante designará la persona o personas a las que se proponga demandar, que serán citadas, con al menos cinco (5) días de antelación, para que puedan intervenir en la práctica del medio de prueba*”²⁷³, dando a interpretar que podrá presenciar durante la producción de la prueba anticipada, pero no hacer una contestación formal como una

²⁷¹PACHECO. Antonio Valle. *Los Sujetos Procesales y las três grandes audiências em el enjuiciamiento criminal vigente*. Tegucigalpa: Litocom, 2004. p.32.

²⁷² Para Mayor ilustración sobre el tema SARNO, Paula Braga. *Natureza das normas sobre prova: suas repercussões na eficácia da lei no tempo e no espaço*. Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual (Volume I) / Heitor Sica, Antonio Cabral, Federico Sedlacek e Hermes Zaneti Jr. (organizadores). Serra: Editora Milfontes, 2019. p.371.

²⁷³ HONDURAS, OP. Cit. p.146.

oposición en un incidente, si no que se entiende simple y sencillamente como una participación.

Por ello juega un rol expectativo solo para garantizar un supuesto principio del contradictorio con su presencia en la producción de la prueba anticipada, sin embargo será con toda seguridad el sujeto pasivo del proceso principal futuro, ya que de lo contrario la prueba anticipada no será admitida por razones formales de ley. Y es en este proceso principal futuro en donde el legitimado pasivo tendrá la oportunidad de pronunciarse sobre esta prueba anticipada de forma escrita, formal y que sea valorada por el tribunal.

4.1.1.3. DURANTE PROCESSO

Abordado la legitimidad antes del proceso ahora por contumacia desarrollare la legitimación activa y pasiva dentro del proceso judicial bajo el razonamiento de la prueba anticipada.

4.1.1.3.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Durante el proceso la legitimación activa la puede obtener cualquiera de las partes, al tenor que esta prueba anticipada entra como un incidente, y dicho procedimiento ya establece la información suficiente de cada parte, por lo que cualquiera de ella puede ser Legitimado pasivo.

4.1.1.3.2. LEGITIMACIÓN PASIVA

El polo pasivo si quiera puede presentar un proposición durante la tramitación de la prueba anticipada antes de un proceso ya que el articulo 246.2 Tipifica que durante la tramitación del proceso cualquiera de las partes podrá solicitar la practica anticipada de prueba en los casos a que se refiere artículo 246.1, es decir para que el demandado pueda proponer una prueba anticipada deberá Primero, iniciar un proceso nuevo para proponer una prueba anticipada y Segundo, esperar la acción principal para que se inicie un proceso principal y presentar su acción de la prueba anticipada con carácter incidental.

4.1.1.4. LEGITIMIDAD EN LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL CPC/2007

4.1.1.4.1. LAS PARTES

Dejando la conceptualización de parte en el Capítulo II, y partiendo de esa definición que desarrollare lo concerniente al rol de la parte. Si bien es cierto hablamos referente en cuanto a la legitimidad del polo activo y la legitimidad del polo pasivo, ahora desarrollaré lo respectivo a las partes como presupuesto para la prueba anticipada dentro del CPC/2007.

El artículo 228 del CPC/2007 tipifica los Fines de la Prueba, y establece que a través de los medios de prueba las partes acreditan las afirmaciones de hecho alegadas que sean controvertidas, convencen al juez o tribunal de la verdad o certeza de un hecho, o lo verifican como ciertos a los efectos del proceso.

Esa atribución es otorgada directamente a las partes, En el caso del CPC/2007 pareciese que el código aun al tener el presupuesto obligatorio de la urgencia o temor que desaparezca la fuente de prueba, limita la función de las partes en cuanto verificar esos chances de la autocomposición, hasta porque obliga al demandante a presentar la acción bajo un proceso sea ordinario o abreviado principal, para que ese medio probatorio anticipado tenga validez, por lo que de existir un indicio de autocomposición debería o consumarse dentro del proceso inicial.

La parte para poder admitirse como tal dentro de un procedimiento este debe de gozar con las cualidades necesarias para su identificación, el actor o futuro demandante en el caso *ante demanda* tiene esa estricta facultad, es decir este deberá de establecer toda la información necesaria propia, además de establecer con clarezza y abundante información sobre la parte del polo pasivo, a tenor que de no establecer esta información bien se derivarían dos situaciones peyorativas, la primera: la Prueba anticipada no tendría ninguna eficacia en el proceso principal por no haberse citado a la persona correcta o legitima de la relación jurídica. Y Segundo: en cuanto a al precepto jurídico 246.1. el principio de contradicción se verá afectado al tenor que el polo pasivo no tiene objeto de contestación alguna es decir no tiene una opción formal y escrita para manifestar que en su caso no es la persona legitima del polo pasivo y se reduce a una mera “intervención” que en otras palabras se denomina como una presencia nada mas ya que otro escenario simple y sencillamente se entenderá no valido y se concluye en la no eficacia de la prueba

anticipada. Por lo que la responsabilidad absoluta recae en la parte de la legitimación activa o futuro demandante.

4.1.1.4.2. CAPACIDAD PARA SER PARTE

Identificando la obligación de las partes dentro del proceso de la prueba anticipada, es indudable que para ser parte dentro de un proceso judicial bajo la normativa del CPC/2007, se debe contemplar una serie de requisitos mismos que se desprenden en tres aspectos fundamentales, la Capacidad para ser Parte, Capacidad Procesal y Capacidad Postuladora.

Para que un individuo goce de la capacidad para ser parte el CPC/2007 en su artículo 59 ratifica, para poder actuar válidamente en el proceso civil las partes deberán gozar de capacidad para ser parte y de capacidad procesal, estar legitimadas y estar representadas por profesional del derecho²⁷⁴ de lo contrario esta capacidad será hasta observada por parte del tribunal de oficio y si no pudiese subsanarse en caso de falta de algunas de las mencionadas el tribunal tendrá la obligación de dar sobre seguimiento y archivar todas las actuaciones en base al artículo 60 del CPC/2007.

El mismo compendio jurídico en su artículo 61 regula que solo se pueden tener capacidad de parte si se encuentra dentro en una serie de hipótesis que regula el artículo 61 que son las siguientes:

“ARTÍCULO 61.- CAPACIDAD PARA SER PARTE. Pueden ser parte en un proceso civil: 1.Las personas naturales. 2 El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables. 3. Las personas jurídicas públicas. 4. Las personas jurídicas privadas civiles y mercantiles, nacionales o extranjeras, constituidas legalmente. 5. Las masas patrimoniales o los patrimonios separados sin titular con facultad de disposición y administración. 6. Las entidades sin personalidad jurídica que contraten con terceros o les causen daño y o las que la ley reconozca capacidad para ser parte. 7. El Ministerio Público, respecto de los procesos en que legalmente haya de intervenir como parte. 8. Los grupos de consumidores o usuarios afectados, así como quienes tengan capacidad para ejercer pretensiones colectivas en los términos previstos en este Código. 9. Las sociedades irregulares”²⁷⁵.

Es evidente el rol limitativo que el CPC/2007 tipifica al solo otorgar capacidad para ser parte los que el mismo tipifica abordando la mayor parte de criterios en los que puede ser sujetos la capacidad para ser parte con naturaleza de *Numerus Clausus*.

²⁷⁴ El CPC/2007 es taxativa y rígido en cuanto a los criterios de presupuestos para ser parte y capacidad procesal, qe el mismo artículo 59 contempla esa necesidad de esos dos argumentos, asimismo la capacidad para ser parte solo la podrán tener los que se engloben en los presupuestos tipificados por el artículo 61.

²⁷⁵ HONDURAS. Op.Cit. p. 107.

4.1.1.4.3. CAPACIDAD PROCESAL

Al entender la Capacidad Procesal, es decir aquella Capacidad para actuar en juicio, en este sentido la Capacidad Procesal es regulado en el Título Tercer capítulo I sección III en el artículo 70 que tipifica “Art. 70°. “Toda persona que se encuentre en el ejercicio de sus derechos tiene capacidad para estar en juicio”²⁷⁶, asimismo el CPC/2007 tipifica en su artículo 62 artículo 62.- comparecencia en juicio y representación. 1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. En otro caso se estará a las reglas siguientes: a) Las personas naturales que no se hallen en el caso del numeral anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley. b) Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido. c) Por las personas jurídicas públicas, y por las privadas nacionales o extranjeras comparecerán quienes legalmente las representen. d) Las entidades sin personalidad comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, les atribuya la representación en juicio de las mismas. En su defecto por las personas que hubiesen contratado en su nombre o por quienes las gestionen.

Encontrándose en los incisos anteriores y obteniendo el pleno ejercicio de los derechos civiles es como se concentra la disposición de obtener la capacidad procesal.

4.1.1.4.4. CAPACIDAD POSTULATORIA

La Capacidad Postuladora, se obtiene con la representación de un profesional del derecho al individuo que tiene la capacidad para ser parte la capacidad procesal a través un poder tal y como expresa artículo 82, en el caso del CPC/2007 se regula la capacidad postuladora del artículo 79 al 89.

Sin embargo la misma normativa jurídica contempla excepción a la regla, de la representación para poder postular con profesional del derecho, la primera hipótesis es que no se necesitara intervención del profesional del derecho en los casos que sean en primera instancia, y radiquen en un proceso abreviado, con una cuantía inferior de Cinco Mil Lempiras, artículo 79 numeral 4. y las otras hipótesis es en los casos de procesos monitorios, pedir directamente el beneficio de la asistencia jurídica gratuita así como la adopción de medidas urgentes de protección de los derechos e intereses legítimos previamente a la interposición del escrito articulado 80 del CPC/207.

²⁷⁶ Idem.

4.1.2. PRESUPUESTOS PROCESALES DEL ORGANO JURISDICCIONAL

Siguiendo el arco comparativo del instituto de la prueba anticipada, ya he abordado hasta este momento los presupuestos que las partes necesitan para poder presentar y ser admitida la prueba anticipada en el CPC/2007.

Ahora prosigo a desarrollar los presupuestos del tribunal para conocer dicha acción de prueba anticipada, por consiguiente abordare bajo la misma lógica doctrinal del derecho procesal los presupuestos principales del órgano jurisdiccional que conocerá de la prueba anticipada, es decir la Jurisdicción del Tribunal, Competencia del Tribunal y La Imparcialidad del Tribunal.

4.1.2.1. JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL

En el caso de la distribución de la jurisdicción en Honduras recae principalmente en la corte Suprema de Justicia como máximo órgano jurisdiccional del país, que abarca todo el territorio hondureño, está principalmente compuesto por 15 magistrados divididos por salas, direccionadas en materias que son: Penal, Contencioso-Administrativo, Constitucional, Trabajo, Civil. Teniendo a un magistrado como presidente, la distribución es a través de una Corte Suprema de Justicia ubicada en la Capital de Honduras Tegucigalpa y está adscrita al departamento de Francisco Morazán, como ente superior, precedido por Cortes de apelaciones, Juzgados de Letras y Juzgados de paz, como primera y segunda instancia distribuidas por los 18 departamentos y 298 municipios, que forman parte de la estructura del territorio hondureño²⁷⁷.

El artículo 23 del libro primero que manifiesta las disposiciones generales bajo el título primero, consistente en la jurisdicción y competencia del CPC/2007 tipifica los presupuestos que afectan al órgano jurisdiccional y expresa lo siguiente; “El conocimiento de un litigio fundado en derecho privado, se atribuirá al juzgado o tribunal que posea jurisdicción, competencia civil genérica, competencia objetiva, funcional y territorial y, en su caso, sea designado conforme a las normas de reparto de casos”²⁷⁸.

²⁷⁷Para una mejor ilustración de la distribución ver, Poder Judicial de Honduras – Estructura, Funcionamiento, Jurisdicción y Competencia de los órganos jurisdiccionales. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/Documents/EFJC-OJ-F2018.pdf> ultimo acceso 14/08/2019 Último acceso: 28 fev 2020.

²⁷⁸ HONDURAS, Op. Cit. p.95.

En este momento lo concerniente es en cuanto a la jurisdicción por lo que el artículo remite la función del tribunal para conocer litigios en materia de derecho privado a tribunales que gocen de jurisdicción, es decir tribunales ubicados en las extensiones territoriales hondureñas en donde se encuentre los presupuestos como domicilio, o ubicación de la fuente de prueba que explicare más adelante.

De esta forma, el CPC/2007 solamente reconoce la jurisdicción ordinaria, dentro de las materias, penal, Contencioso-administrativo, laboral, Constitucional y Civil²⁷⁹ asimismo reconoce una jurisdicción especial enfocada solamente al fuero militar, por otra parte reconoce también dentro de la jurisdicción civil, la jurisdicción Voluntaria sin embargo esta misma no se encuentra tipificada en el CPC/2007.

Existen limitaciones de jurisdicción que el mismo CPC/2007 contempla en su articulado, ejemplo de ello son las hipótesis que contempla el artículo 24 y 25 del CPC/2007, el primero se centra en otorgar la jurisdicción exclusiva los asuntos civiles a los juzgados civiles, así mismo establece las limitaciones en relación a los casos de estar sujeta la jurisdicción a aspectos de derecho internacional o tratados suscritos por Honduras, así como establecer la obligación que de existir otra jurisdicción ordinaria presentada a otro órgano jurisdiccional a no reconocer un asunto que no puede conocer de oficio, con la salvedad que se escuchara la parte incluyendo al ministerio público art 25 numeral 2.

Un asunto a exponer es en relación al CPC/2007 cuando contempla en el artículo 26, la función de otorgar a la parte interesada lo concerniente a la figura jurídica declinatoria, por falta de jurisdicción del órgano sea nacional o extranjera o por asunto arbitral al cual se presentó en este caso acción de la prueba anticipada, sin embargo este asunto que desarrollare con más profundidad en el acápite de la defensa de la prueba anticipada del presente trabajo.

4.1.2.1.1. NATURALEZA DE LA JURISDCCION EN LA PRUEBA ANTICIPADA DENTRO DEL CPC/2007.

²⁷⁹AGÜERO, Alexis. MEZA, María del Sol. *Proyecto fortalecimiento del poder judicial de honduras cooperación española código procesal civil comentado honduras.*- coordinador de la obra magistrado Juan Miguel Carreras Maraña, Tegucigalpa: Editorial, 2009. p. 27.

En cuanto al criterio del tipo de Jurisdicción y su naturaleza en el caso del derecho hondureño, parece tener una posición muy clara.

Para esto tal y como exprese en el capítulo II en el mismo acápite pero sobre el derecho brasileño la doctrina viene señalando que la prueba anticipada es naturaleza de la jurisdicción voluntaria, sosteniendo su fundamento, en que la prueba anticipada no tiene intención litigioso, por ejemplo en el caso del CPC/2015, basado en las tres hipótesis del artículo 381, en la primer hipótesis se centra en un carácter cautelar por el temor de la imposibilidad de poder practicar un medio de prueba en base a esa fuente probatoria, en el inciso dos se centra solamente en la producción para poder alcanzar una autocomposición, y el tercer para la averiguación de existir mejores posibilidades para presentar una acción principal o no.

Por otra parte, el CPC/2007 al contemplar como presupuesto único y principal el miedo o la urgencia para producir un medio de prueba en base a una fuente probatoria que no pueda producirse en otro momento, si bien es cierto no se realiza juicios de valor sobre derecho material, o peor aún no existe una contestación expresa por parte del futuro demandado pareciese que en este punto su naturaleza seria de carácter voluntario sin embargo existe la disposición normativa que al obligar al actor a presentar la acción del proceso principal pareciese que no encaja dentro de la figura de la jurisdicción Voluntaria, al tenor que es evidente que para que ese medio probatorio tenga validez tendrá que presentarse un proceso principal como carácter impositivo por lo que el carácter contencioso y por tanto una demanda o acción principal es obligatoria y esta traerá consigo una probable resistencia o contestación del la misma naturaleza.

Sin embargo resulta hacer un análisis un poco más profundo para determinar esta situación, Chile y Honduras, denominan la Jurisdicción Voluntaria como Actos judiciales no contenciosos, lo que genera a una pregunta, ¿en que forma deben de ser estos actos no contenciosos?, asimismo, debemos de entender que la voluntariedad de la jurisdicción voluntaria es sobre las partes en el proceso, el tribunal solamente juega un rol de homologar o no una decisión.

En este orden de ideas, la Jurisdicción Voluntaria se podría considerar que la función de las partes no es la misma que en un proceso de jurisdicción contenciosos no al menos, en sentido estricto, por ello tal y como expresa el profesor Eduardo Couture “El peticionario no es parte porque en sentido técnico, no tiene contraparte o no es contraparte

de nadie y tampoco tiene controversia”²⁸⁰, así mismo añade que todo acto no contencioso lleva la contienda en potencia, sea de parte interesada, sea de parte de los órganos del ministerio público, la sentencia de jurisdicción voluntaria se dicta bajo la responsabilidad del peticionario, porque en teoría no tiene una contra posición u oposición ya que se fundamenta en la verdad solo del peticionario y no existe la antítesis de la tesis llevada frente al magistrado.²⁸¹

Asimismo el CPC/2007 cambia totalmente el escenario, ya que la acción de prueba anticipada no es de carácter autónomo, y obliga la presentación de una acción de proceso principal frente al demandado mismo que fue parte del polo pasivo de la prueba anticipada, pero que no contesto no porque no tuvo interés si no porque simple y sencillamente fue denegado ese derecho, en este sentido existe un claro carácter contencioso y obligatorio ya que el demandado ya está destinado a esperar la acción principal dentro del plazo de 30 días siguientes, por lo que es claro que la jurisdicción de ninguna forma es voluntaria, al tenor de existir la próxima acción de manera inminente, en donde se realizara la respectiva resistencia tanto de la acción de la prueba anticipada como de la acción principal.

4.1.2.2.COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

En el caso de la legislación hondureña el CPC/2007 tipifica en su capítulo II. Las normas para fijar la competencia, en las cuales contempla una serie de criterios, el primero es relacionado al juez natural, segundo competencia genérica, tercero competencia objetiva, quinto competencia funcional y competencia territorial. Estableciendo a cada uno de ellos hipótesis en los cuales debe entrar los supuestos facticos para tener competencia el tribunal y conocer del asunto.

Lo concerniente al juez natural artículo 27 del CPC/2007, se refiere a aquella situación cuando un órgano jurisdiccional se le reconozca su competencia deberá estar contemplada con anterioridad a todo, es decir, deberá ser tipificado con carácter previo en las normativas jurídicas, para que el tribunal tenga la competencia para conocer un asunto. En otras palabras aludiendo a la figura de la competencia de un juez natural.

En este mismo sentido el compendio jurídico aludido, menciona en su artículo 28 la Competencia Genérica, desarrollándola como aquella competencia exclusiva en materia

²⁸⁰ COUTURE, Óp. Cit. p.48.

²⁸¹ *Ibidem*.

de derecho privado para los órganos jurisdiccionales civiles, esto implica materia comercial, y derecho civil, asimismo, contempla la posibilidad de algunas materias que pueden ser conocidas por los órganos jurisdiccionales de materia civil cuando exista alguna ley especial que así lo tipifique, como ejemplo la ley de reforma agraria que da competencia por mandato expreso en algunas hipótesis.

Por otra parte el artículo 31 tipifica la competencia objetiva misma que será reconocida de oficio por el tribunal donde se presentó la acción (art 31 inciso 1), es decir contempla la competencia Funcional (artículo 32 y 33) orientada a imponer la obligación de que el tribunal que tenga jurisdicción y competencia tendrá que conocer del asunto, la competencia por cuantía (artículo 29 inciso 2) haciendo la diferenciación sobre la cuantía que conocerán los juzgados de paz y los juzgados de letras.

Respecto a la Competencia territorial artículo (34 hasta el 43.) contemplando las posiciones de distribución de los juzgados dentro del territorio nacional Hondureño²⁸² así mismo se debe de determinar el valor de la causa lo que determinara la competencia para los juzgados de paz o los juzgados de letras, mismos que se dividirán por seccionales 1 y 2, número que dependerá del número del expediente en el cual se inicie el procedimiento.

En el caso del Derecho Hondureño en su artículo 246 sobre la prueba anticipada el párrafo primero alude a la competencia y tipifica dos aspectos fundamentales, el primero consiste en que la acción será presentada al órgano jurisdiccional que estime competente el proceso principal, en el segundo el órgano jurisdiccional analizara de oficio su propia jurisdicción y competencia, este criterio es abordado por dos aspectos fundamentales, el primero es que la acción de la prueba anticipada en el CPC/2007 aun basado en el requisito de urgencia, obliga a la parte actora presentar acción de juicio principal para la eficacia de esta producción probatoria, en virtud de esto, el órgano jurisdiccional que conozca sobre la acción de la prueba anticipada será el mismo que conozca de la acción del proceso principal, esto basado en la idea del respeto del principio fundamental de inmediación que el mismo código tipifica en su artículo 16, así mismo el artículo 247 numeral 3 establece que para efectos del principio aludido la prueba anticipada será introducida en la audiencia probatoria mediante su lectura y de ser posible su reproducción nuevamente si así lo estiman las partes.

²⁸²Para mejor entendimiento observar la distribución de los órganos jurisdiccionales por el territorio Hondureño citado en las notas de pie de páginas en la página 88.

Por lo que la competencia encuentra su principal fundamento respecto a la prueba anticipada regulada por el CPC/2007, Primero: obligar al mismo órgano que conoce la prueba anticipada conocer de acción principal, Segundo: imponer la acción principal para que exista valides en la prueba anticipada producida anteriormente, frente al mismo órgano jurisdiccional. Tercero: Obligar la presentación de la acción de la prueba anticipada dentro del plazo de 30 días para la admisión y eficacia probatoria de la prueba anticipada en el proceso principal futuro.

4.1.2.3. IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL

El estado Hondureño tal y como he planteado es un estado de derecho democrático constitucional, que busca implementar todas las garantías constitucionales y procesales para que el proceso sea el más justo, todo esto sin excepción, es por ello que la normativa jurídica provee esta herramienta, con el sentido que cada parte haga valer este derecho.

La justicia debe ser impartida por jueces probos e imparciales²⁸³ El CPC/2007 contempla en su cuerpo jurídico este carácter en los artículos 52 al 58, donde se tipifican hipótesis sobre la recusación y la abstención de los magistrados o jueces para conocer determinada causas por considerarlas viciadas en relación a al principio de la imparcialidad.

En primer punto la recusación y la abstención son criterios que se diferencian entre sí, el primero como una atribución de solicitar por las partes y el segundo el juez que lo hace de oficio por considerar que no tiene las atribuciones de administrar un determinado proceso y mucho menos aplicar justicia.

“El artículo 52 tipifica. De la abstención y recusación. Los jueces y magistrados y los auxiliares de los juzgados y tribunales están obligados a intervenir en todos los procedimientos que se tramiten ante ellos. Sin embargo, deberán abstenerse sin esperar a que se les recuse si concurre en ellos alguna de las causas de recusación determinadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial”²⁸⁴.

En el caso de la recusación los tribunales estarán sometidos a lo que expresa la ley orgánica y atribuciones de los Tribunales²⁸⁵ (LOAT) y será solicitado por las partes Por ello en su artículos del 62 al 79 tipifica las causas de recusación y abstención.

²⁸³AGÜERO, Óp. Cit. p. 47.

²⁸⁴ HONDURAS, Óp. Cit. p. 104.

²⁸⁵ En adelante conocida como LOAT.

Dicho sea de paso, este término es también admitido en los casos que se quiera recusar, sea personal auxiliar del tribunal o inclusive agentes del ministerio público en algunos procesos que no figuren como parte si no como dictaminadores²⁸⁶.

El procedimiento para presentar la recusación se desarrollara en pieza separada del proceso principal, y se evacua por medios del procedimiento de los incidentes.

Por otra parte en el caso de la Abstención, debe de ser decretada por su naturaleza de oficio, su regulación, expresa lo siguiente;

“ARTÍCULO 53.- ABSTENCIÓN. 1.Cuando un Juez o un Magistrado se abstenga del conocimiento de un asunto por concurrir alguna de las causas de recusación, dará cuenta justificada al funcionario llamado por ley a subrogarlos y comunicará la abstención a la Corte Suprema de Justicia para que la apruebe, suspendiéndose entre tanto el curso del procedimiento. 2. Si la Corte Suprema de Justicia no estimara justificada la abstención, el juez o magistrado deberá continuar con el conocimiento del asunto, sin perjuicio de que las partes puedan promover la recusación. 3. Si se estimara justificada la abstención, el juez o magistrado se apartará definitivamente del procedimiento, debiendo levantarse la suspensión del mismo”²⁸⁷.

Inmediatamente el juez se de cuenta presentara su abstención, a través de una resolución en forma de providencia, la que debe motivar y comunicar al que en teoría deberá de suplirlo, la misma corte suprema de justicia resolver la procedencia o no para que se produzcan los efectos²⁸⁸.

Este asunto toma una relevancia fundamental en cuanto a la prueba anticipada se refiere y esto en estricta relación con el principio de inmediación, ya que si la recusación o la abstención se realiza después de la audiencia probatoria el nuevo juez deberá de anular todo y comenzar de nuevo dicha audiencia, por lo que la prueba anticipada se vería debilitada por la dificultada debido de aquella urgencia para producirla, por lo que la factibilidad se focalizara en base a los criterios de cada caso concreto²⁸⁹.

4.1.3. CITACION

La citación es fundamental para el instituto de la prueba anticipada, y su efectividad para el respeto del principio del contradictorio además de sus efectos que se producen en cuanto se practica, son torales para el debido proceso, es por ello que continuare

²⁸⁶ Ejemplo de esta última hipótesis es en los casos donde el Ministerio Publico interviene por la necesidad del interés de la sociedad, es decir por ejemplo casos sobre pensiones alimenticias, filiación paternas, guarda y cuidado etc.

²⁸⁷ HONDURAS, Op. Cit. p.104.

²⁸⁸ AGÜERO. Óp. Cit. p. 50-51.

²⁸⁹ *Ibidem*.

desarrollando los principales atributos de la citación concerniente a la prueba anticipada en el CPC/2015.

4.1.3.1.LUGAR DE LA CITACION.

La citación como he ya he abordado por regla general se realizara lugar del domicilio del futuro demandado, para esto el articulo 139 expresa lo siguiente;

“Artículo 139.- comunicaciones directas a las partes numeral III “El domicilio del demandante será el que haya hecho constar en la demanda o en la petición o solicitud con que se inicie el proceso. Asimismo, el demandante designará, como domicilio del demandado, a efectos del primer emplazamiento o citación de éste, uno o varios de los lugares a que se refiere el artículo siguiente. Si el demandante designare varios lugares como domicilio, indicará el orden por el que, a su entender, puede efectuarse con éxito la comunicación” sustentando el artículo anterior expresa ARTÍCULO 140.- designación de domicilio. A efectos de actos de comunicación, podrá designarse como domicilio el que aparezca en registros oficiales como domicilio privado, sea en propiedad o como arrendatario, o profesional. También podrá designarse como domicilio, a los referidos efectos, el lugar en que se desarrolle actividad profesional o laboral no ocasional. Si las partes no estuviesen representadas por profesional del derecho, las comunicaciones efectuadas en cualquiera de los lugares previstos en el numeral anterior, que se hayan designado como domicilios, surtirán plenos efectos en cuanto se acredite la correcta remisión de lo que haya de comunicarse y conste su recepción por el destinatario. Si la comunicación tuviese por objeto el personamiento en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales y no constare la recepción por el interesado, se estará a lo dispuesto para la comunicación subsidiaria por medio de entrega de copia de la resolución o cédula Cuando las partes cambiasen su domicilio durante la sustanciación del proceso, lo comunicarán inmediatamente al tribunal. Asimismo deberán comunicar los cambios relativos a su número de teléfono, fax o similares, siempre que estos últimos estén siendo utilizados como instrumentos de comunicación con el tribunal”²⁹⁰.

En este caso podemos percibir que la citación será realizada en el lugar del domicilio del futuro demandado que designe el futuro demandante en escrito de la acción de prueba anticipada, esto según el artículo 247, numeral 1²⁹¹. Por esto cuanto al lugar de la citación se realiza la conexión lógica por el proceso futuro y la información de reglas de competencia del tribunal para que conozca dicha acción además de complementarse con el artículo 139 supra citado dando lógica al procedimiento del lugar de la citación. Y dejando claras sus excepciones en caso no tener conocimiento alguno del futuro demandado en cuanto a lugar de su paradero, el CPC/2007 aborda herramientas para la averiguación del domicilio tipificada en su artículo 141, donde otorga aquella facultad de

²⁹⁰ Honduras, Óp. Cit. p. 139- 140.

²⁹¹ Asimismo el solicitante designará la persona o personas a las que se proponga demandar, que serán citadas, con al menos cinco (5) días de antelación, para que puedan intervenir en la práctica del medio de prueba

preparar escritos para que el tribunal admita y otorga a las partes documentos donde obligue a determinadas instituciones de orden públicos o privados, para que extiendan la información solicitada por la parte.

4.1.3.2.PERSONIFICACION DE LA CITACION

La personificación de la citación, está por regla general será presentada personalmente a la persona que se busca citar, sin embargo existen excepciones como las que establece el artículo 137 de las cuales son “Los actos de comunicación se realizarán bajo la dirección del secretario, que será el responsable de la adecuada organización del servicio. Tales actos se efectuarán en alguna de las formas siguientes, según disponga este Código:

“a) A través del profesional del derecho, en funciones de representante procesal, tratándose de comunicaciones a quienes estén personados en el proceso con representación de aquél. b) Remisión de lo que haya de comunicarse mediante correo electrónico, postal, telegrama, fax, o cualquier otro medio técnico que permita dejar en el expediente constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado. c) Entrega al destinatario de copia literal de la resolución que se le haya de notificar, del requerimiento que el tribunal le dirija o de la cédula de citación o emplazamiento.

Sin embargo en el primer supuesto ya sobre entiende que el futuro demandado ya tiene una representación procesal, es decir su abogado, sin embargo en el ámbito de la prueba anticipada antes de iniciado el proceso , la citación se deberá de realizar en base al artículo 139.

Artículo 139.- COMUNICACIONES DIRECTAS A LAS PARTES. Cuando las partes no tengan profesional del derecho o se trate del primer emplazamiento o citación al demandado, los actos de comunicación se harán por remisión al domicilio de las partes. 2. El domicilio del demandante será el que haya hecho constar en la demanda o en la petición o solicitud con que se inicie el proceso. Asimismo, el demandante designará, como domicilio del demandado, a efectos del primer emplazamiento o citación de éste, uno o varios de los lugares a que se refiere el artículo siguiente. Si el demandante designare varios lugares como domicilio, indicará el orden por el que, a su entender, puede efectuarse con éxito la comunicación. 3. Asimismo, el demandante deberá indicar cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para la localización de éste, como números de teléfono, de fax o similares. 4. El demandado, una vez comparecido, podrá designar, para sucesivas comunicaciones, un domicilio distinto”²⁹².

4.1.3.3.MODALIDADES DE HACER LA CITACION

Formas de realizar la citación, el artículo 143.- remisión de las comunicaciones por correo electrónico, fax, mensajero privado o correo ordinario. Dando así facilidades, o modalidades en las que puede hacerse efectiva la citación. Esta sin duda es una de las innovaciones que el CPC/2007 realizó en contra posición del CPC/1906 hondureño ya

²⁹² HONDURAS, Óp. Cit. p. 139.

que innova con los medios tecnológicos para poder efectiviza y actualizar los actos de comunicación y por tanto en este caso citación por medios más expeditos.

“ARTÍCULO 143.- REMISIÓN DE LAS COMUNICACIONES POR CORREO ELECTRÓNICO, FAX, MENSAJERO PRIVADO O CORREO ORDINARIO. Cuando proceda la remisión de la copia de la resolución o de la cédula por correo electrónico, fax, mensajero privado, correo ordinario o certificado, incluso por telegrama con acuse de recibo, o por cualquier otro medio de comunicación que permita dejar en el expediente constancia fehaciente de haberse recibido la notificación, de la fecha de la recepción, y de su contenido, el secretario dará fe en el expediente de la remisión y del contenido de lo remitido, y unirá a aquéllos, en su caso, el acuse de recibo o el medio a través del cual quede constancia de la recepción. A instancia de parte y a costa de quien lo solicite, podrá ordenarse que la remisión se haga de manera simultánea a varios lugares. Las partes y los profesionales que intervengan en el proceso deberán comunicar al tribunal el hecho de disponer de los medios antes indicados y su dirección Cuando el destinatario tuviere su domicilio en el departamento o circunscripción en donde radique la sede del tribunal, y no se trate de comunicaciones de las que dependa el personamiento o la realización o intervención personal en las actuaciones, podrá remitirse, por cualquiera de los medios a que se refiere el numeral 1, cédula de emplazamiento para que el destinatario comparezca en dicha sede a efectos de ser notificado o requerido o de entregársele copia de algún escrito. La cédula expresará con la debida precisión el objeto para el que se requiere la comparecencia del emplazado, indicando el procedimiento y el asunto a que se refiere, con la advertencia de que, si no comparece sin causa justificada dentro del plazo señalado, se tendrá por hecha la comunicación de que se trate o por efectuado el traslado”²⁹³.

4.1.3.4.EFECTOS DE LA CITACIÓN

En el caso del CPC/2007 esto, parece tener otro escenario, en cuanto a la citación ya que la normativa jurídica en su artículo Artículo 247 hace el mandato y obligación a las partes para que ella misma tenga que designar a la persona o personas que serán demandadas tanto en la prueba anticipada como en el proceso principal, recordando la obligación de instar proceso principal para la efectividad de la prueba anticipada, eximiéndose al deber del tribunal citar a las partes de oficio, y otorgando el plazo de 5 días de antelación para que el demandado o demandados se apersonen a la producción de la prueba anticipada artículo 247 numeral 1.

Esta citación hacer que surta el efecto de la suspensión de la prescripción así como surte el efecto para que la parte del polo pasivo se intervenga a la producción de la prueba anticipada misma que al finalizar comenzara el plazo de los 30 días para la presentación de la acción principal.

²⁹³ Idem. p.132.

4.1.4. DEFENSA O CONTESTACION EN LA ACCION DE LA PRUEBA ANTICIPADA REGULADA POR EL CPC/2007

Una vez realizada la citación de la acción de la prueba anticipada bajo los criterios y modalidades expuestos, se procede a materializar la contestación o más específicamente el derecho a la defensa, entendiendo esta como el ejercicio para que una acción sea juzgada procedente o improcedente²⁹⁴

En el caso del derecho hondureño, la defensa es un aspecto muy peculiar, en virtud de ser una actividad procesal preliminar a un proceso principal, en cuanto a la defensa dentro del proceso de la producción de la prueba anticipada, simplemente haciendo caso omiso. Es decir no existe ninguna normativa jurídica que exprese categóricamente lo relacionado a la defensa dentro de la acción de la prueba anticipada.

De esta forma podemos percatarnos la disposición legal que claramente deja ausente la posición expresa de la contestación, dando interpretar que la misma normativa jurídica entiende a la prueba anticipada y la contestación en la misma en el CPC/2007 pensando en el futuro proceso y no dando oportunidad de una contestación como tal durante la tramitación de la misma. El artículo 247 tipifica lo relacionado a ello y expresa: proposición y práctica de prueba anticipada al inicio del proceso. *I.* La proposición de prueba anticipada se hará conforme a lo dispuesto en este Código para cada medio probatorio, exponiendo las razones en que se apoye la petición. Asimismo el solicitante designará la persona o personas a las que se proponga demandar, que serán citadas, con al menos cinco (5) días de antelación, para que puedan intervenir en la práctica del medio de prueba.

El futuro demandado simplemente puede recurrir a dos escenarios, El primero de ellos, nace de la interpretación de la premisa que lo que el derecho no prohíbe lo permite, por lo que se podría interpretar que daría chance a poder defenderse o contestar la citación realizada por el tribunal, sin embargo surge la pregunta cómo se defendería? Si primero la notificación de la producción de la prueba anticipada para que el actor pasivo se apersona es por medio de una citación, y esta como ya he dejado claro en el derecho hondureño no admite respuesta solamente si es expresada por ella misma, en este sentido estaríamos entendiendo que la posibilidad de defensa expresa en la citación quedaría al criterio del creador de la citación, es decir del juez al tenor que es el que impone la

²⁹⁴ ALVIM. Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. p.373.

contestación de la citación o solamente la situación para apersonamiento o tal y como reza el CPC/2007 la “intervención” en el proceso.

El segundo escenario radicaría, que al no ser esta una acción autónoma de un procedimiento principal, la ley simplemente estima la urgencia de producir esa prueba, ya que obligatoriamente, el futuro demandado podrá defenderse sobre ese medio de prueba en el proceso futuro en el momento procesal oportuno, sea desde la contestación de la demanda, o sea en el momento de los alegatos finales.

Por otra parte se podría considerar un tipo de defensa limitada siempre al elemento de la urgencia, misma que si se encuentra expresada, es la de otorgar a la parte del polo pasivo la oportunidad de requerir en el mismo momento cualquier prueba anticipada recordando que la prueba anticipada al final tiene como objeto llevarse a un proceso común y no solamente quedar en el procedimiento de la prueba anticipada, todo ello regulado por el artículo el artículo 246 numeral 2 que tipifica Durante la tramitación del proceso cualquiera de las partes podrá solicitar la práctica anticipada de prueba en los casos a que se refiere el numeral anterior.

4.1.5. SENTENCIA

En el caso del derecho hondureño, hace caso omiso en cuanto a la sentencia se refiere, sin embargo, el órgano jurisdiccional solamente se pronuncia en cuanto a las admisiones del escrito de la acción, mediante providencia, ya que los resultados de la prueba anticipada, simplemente quedan en la custodia del secretario del despacho donde la prueba anticipada fue ubicada art 248, CPC/2007. Por lo que el tribunal no se pronuncia en cuanto a las consecuencias jurídicas de la prueba anticipada sí no, que solamente deja abierta la brecha para transcurrir el plazo del mes para que la parte actora presente la acción principal y valorar la prueba anticipada en el momento procesal oportuno del proceso principal adoptando la características del artículo art 248 CPC/2007.

4.1.6. RECURSOS

En cuanto a la materia recursos, en el ámbito *ante demanda*, existe la posibilidad de que el tribunal no admita la acción de la prueba anticipada, por lo que cabera al autor el derecho del recurso pertinente.

La denegación de la acción de la prueba anticipada será una resolución con carácter de providencia, misma que según el CPC/2007 el recurso competente en contra de las

providencias, será el recurso de reposición, de esta forma el recurso de reposición no suspende el proceso de la prueba anticipada además de ser sustanciado por el propio órgano que emitió la resolución impugnada, de forma que, la inicial resolución de inadmisión será revisada, de nuevo, por el mismo juez que la emitió, pero con una ventaja que básicamente la nueva resolución adoptará forma de auto y mismo que será motivado por causas de ley. Por lo que en otras palabras el actor o polo activo podrá saber cuáles son las causales o motivos principales de su inadmisión.

Por otra parte, no se puede presentar ninguna recurso en cuanto a la decisión final de la prueba anticipada ya que como he abordado no existe ninguna resolución final de la prueba anticipada simplemente queda en acta y las diligencias quedan en manos del secretario oficial del despacho del juez, por lo que a partir de ese momento inicia el plazo para la presentación del proceso principal.

CONCLUSIONES

Ha llegado el momento de hacer las conclusiones de todo el trabajo abordado, por lo que intentare concluir si existe la viabilidad o no en base a los criterios planteados y la metodología empleada comparativa, entre el derecho brasileño y el derecho hondureño, de la aplicación de la acción autónoma de la prueba anticipada regulada por el CPC/2015 en la realidad de la práctica jurídica hondureña sometida al CPC/2007.

La primera Conclusión que quiero abordar es en relación a los orígenes de ambas legislaciones, como pudimos percatarnos ambas naciones, tienen orígenes distintos en cuanto a su legislación, partiendo de la premisa del orden en que fueron colonizados y por quienes fueron colonizados, abrazando en sus etapas clásicas de evolución, influencias normativas de distinto orden, sin embargo podemos concluir la similitud que tienen ambos derechos de orden de *Civil Law*, pero que no se niega un aspecto de influencia acarreado mayoritariamente por el sistema de *Common Law*, principal mente en la realidad jurídica brasileña.

Además de ello ambas naciones han sufrido muchas situaciones bélicas y peyorativas para la construcción del estado de derecho democrático constitucional que recae sobre la realidad nacional de ambas naciones, es decir a lo largo de su historia, percibimos que ambos países han mantenido conflictos internos sociales, sean de carácter políticos como golpes de estados que siempre representan atrasos a las democracias y sistema jurídicos.

Asimismo Concluyo que ambas naciones demostraron a lo largo de su desarrollo ese interés por desplegar funciones más adecuadas para el fortalecimiento de las garantías fundamentales, los criterios de dignidad humana y acceso a la justicia, si bien son desarrollados en diferentes puntos cronológicos la sintonía entre las normas jurídicas Constitucionales brasileñas como hondureñas, están siendo abordadas en base a las doctrinas dominantes y jurisprudenciales apegadas a la vanguardia del conocimiento jurídico, resultado de todo ello es lo expuesto en las figura jurídica de la acción autónoma de la Prueba Anticipada del Código de Proceso Civil Brasileño del 2015, así como La acción de la prueba anticipada del Código Procesal Civil del 2007 hondureño.

Concluyo que al reconocer ambas legislaciones el derecho fundamental de la acción, otorga por tanto la factibilidad de la presentación de la prueba anticipada en ambas

legislaciones, siempre y cuando estas se adopten a los criterios, fundamentaciones, presupuestos y respetos por la moral y la licitud.

El escrito de la petición de la prueba anticipada, o en su respectivo caso la solicitud, deberá ser formulado en base al procedimiento de cada país, en el Caso del derecho hondureño será regulado por el artículo 424 que es entendida como una solicitud y no como una demanda propiamente dicha, y en el caso del derecho brasileño regulado por el artículo 319 del CPC/2015 que es entendido como un escrito de petición, ambos artículos expresan en base numerales requisitos mínimos que debe reunir la información de una forma ordenada que maximiza la facilidad y comprensión del escrito de la petición, esos requisitos son de características muy similares en cuando a los derechos comparado, por lo que podríamos concluir que en este punto del proceso la acción autónoma de la prueba anticipada puede presentarse como tal en el derecho hondureño.

Concluyo que las legitimaciones de las partes mismas que son denominadas como Futuro demandante y Futuro demandado en el caso del derecho hondureño y por el derecho brasileño las define como requirente por el polo activo e interesados por el polo pasivo, deben de consagrar sus posturas y constatar tener la capacidad para ser parte, capacidad procesal y capacidad postuladora, misma que son de caracteres homólogos en ambos derechos, además de reconocer categóricamente en un sentido general la legitimación ordinaria y en su respectivo caso la legitimación extraordinarias por ambas legislaciones.

En cuanto a los presupuestos del tribunal para el conocimiento de la prueba anticipada, en un ámbito general se concentran en la jurisdicción, competencia, e imparcialidad del tribunal, estos criterios son adoptados en base a posturas predominantes en la doctrina consistentes en la jurisdicción como función estatal para decir el derecho, la competencia desde el punto de vista objetivo, material, y territorial como fundamentos primarios para el conocimiento de la acción de la prueba anticipada, asimismo la imparcialidad del tribunal como garantía del debido proceso otorgando las herramientas necesarias como la recusación, y la abstención para garantizar dicho presupuesto.

En el caso de la competencia podemos percatarnos que tanto la legislación brasileña como la legislación hondureña tipifican en los artículos referentes a la prueba anticipada, como debe de entenderse el procedimiento en relación a la competencia, en el caso del CPC/2007 tipifica que la competencia de la acción de la prueba anticipada deberá ser

presentada al juez o tribunal que debe de conocer de la acción principal, en contra posición el CPC/2015 manifiesta que el conocimiento de la prueba anticipada por un tribunal no supondrá la competencia de la acción del proceso principal del órgano que deba conocer de ese proceso.

Por lo que aquí respecta analizar realmente los criterios empleados por el CPC/2007, si bien es cierto este compendio jurídico limita la competencia de la prueba anticipada al órgano jurisdiccional que deba de conocer la acción principal esto se basa en la razón, que la competencia del órgano principal en la prueba anticipada dependerá de dos elementos básicos de la competencia, es decir el domicilio del demandado y segundo la regla de la fuente del medio probatorio es decir competencia por la ubicación de la fuente probatoria, por lo que realmente la competencia radicará en el tipo y modalidad de la fuente de prueba y el medio de su producción, ya que en el caso de que la fuente se encuentre en otra jurisdicción del domicilio del futuro demandado, esa diligencia perfectamente se puede realizar a través de auxilio judicial y luego presentar la acción principal solicitando el arrastre del expediente de la prueba anticipada desde el otro órgano jurisdiccional que conozca la acción principal, por lo que la competencia no realiza ninguna limitante para poder entender la acción de la prueba anticipada del CPC/2007 para una aplicación homologa a la del CPC/20015.

Concluyo que la citación, si bien es cierto se realiza en forma similar, y modalidades similares, no produce los mismos efectos en ambos derechos, por lo que en caso del derecho hondureño produce el efecto del inicio del plazo para la interposición de la acción principal para la validez de la prueba anticipada, en caso contrario el CPC/2015 no exige esta disposición para la validez de la prueba anticipada.

A pesar de estas variaciones planteadas la citación no es ninguna limitante en cuanto al desarrollo para la aplicación de la prueba anticipada con modalidades del derecho brasileño, en la realidad y practica hondureña. La citación es realizada por el juez de oficio por solicitud de las partes, quien deberá en su caso denominar bajo su responsabilidad quienes son los interesados en la prueba anticipada bajo pena de nulidad de no hacerlo se violentaría el principio del contradictorio.

Así mismo recomiendo para ambas legislaciones, en el caso de no poder citar el polo pasivo por desconocer su paradero, analizar las posibilidades normativas de nombrar un procurador o defensor en caso de no encontrar al polo pasivo como el caso del proceso

prueba anticipada italiano y argentino que sea garante del respeto al contradictorio y demás garantías y que en un futuro el polo pasivo pueda defenderse, y que la prueba anticipada conserve sobre todo su eficacia.

En cuanto a la defensa concluyo, que el derecho derivado del ámbito constitucional de la acción, es un tema que infelizmente en el derecho brasileño adolece de tener un posicionamiento muy discutido por la doctrina brasileña, ya que el CPC/2015, limita la misma en cuanto a los interesados o partes del polo pasivo por la expresa prohibición de la aceptación de la misma, en el caso del derecho hondureño la ley es más lamentable ya que esta, ni siquiera realiza una expresión material sobre la misma, hace caso omiso al tema, por lo que la práctica y la doctrina se viene manejando que la defensa recaerá dependiendo la redacción de la providencia que se da traslado a través de la citación al futuro demandado, en este orden de ideas, si la providencia expresa literalmente que el futuro demandado deba de contestar por escrito se abre el plazo para que sea contestada, de lo contrario la providencia solamente establecerá la citación para que el futuro demandado intervenga en la diligencia de la prueba anticipada, por lo que concluyo que al no tener ninguna aspecto peyorativo en cuanto al acción autónoma de la prueba anticipada, la defensa de la prueba anticipada en el derecho hondureño es totalmente admisible para la aplicación de la acción de la prueba anticipada con las características que se encuentran en la legislación brasileña. Sin embargo sugiero que se estime conveniente abrir mano siempre del contradictorio en todos los procesos sobre prueba anticipada, no por mera formalidad si no por la razón simple del garantía fundamental del contradictorio además de su estricta relación con el derecho a Prueba defendido en este trabajo.

La sentencia, es otra figura que juega un papel divergente en estas dos legislaciones, en primer escenario, el CPC/2015 manifiesta lo relacionado a la sentencia y enfatiza que el juez no hará juicio de valor ni se pronunciara sobre consecuencias jurídicas, cerrando de esta manera las diligencias, autos que quedaran salvaguardados en el registro, por otra parte, el CPC/2007 hace caso omiso en la regulación de la sentencia, es decir no regula nada sobre el tema, por lo que se entiende es que la prueba anticipada solamente es una diligencia que está plasmada en una acta firmada por el juez, secretario del despacho del juez y las partes, y de ser posible la fuente probatoria en el caso de ser pericial o testifical, y que inmediatamente de finalizada la audiencia al día siguiente comienza el plazo de 1 mes para la interposición de la acción principal, sin embargo no manifiesta ninguna

sentencia ni providencia ni auto correspondiente. También es una figura que cabe dentro de la posibilidad de la aplicación de la prueba anticipada como es planteada en el CPC/2015.

concluyo que existen criterios e institutos procesales jurídicos dentro de la esfera del derecho procesal antes demanda que no se complementan, es decir no se encuentra un homologa el otro derecho, ejemplo de esto son la figura destinada específicamente a el cuidado de la fuente probatoria y no de la producción del medio probatorio como el aseguramiento de la prueba, y las diligencias preparatorias, figura consistente específicamente en la preparación de un proceso que ayuda a las partes en cuanto a informaciones que estas no cuenten para la mayor eficacia del procedimiento futuro lo cual podría ser de gran interés para el derecho brasileño para comenzarse a investigar y debatirse sobre la utilidad o no en el derecho brasileño.

Y por último pero no menos importante, Concluyo que el entendimiento de la prueba anticipada desde la perspectiva conceptual, académica, y practica forense, son de naturaleza distinta entre ambos derechos, entendiendo que el CPC/2015 trajo consigo una innovación que a mi entendimiento amplia respecto a la prueba anticipada no solamente como una acción si no como una acción autónoma probatoria, por lo que es el epicentro de la diferencia de como se conoce a la prueba anticipada en el CPC/2007 Hondureño.

Brasil adopta el posicionamiento del derecho a prueba bajo la figura de la prueba anticipada en la legislación del CPC/2015, por que otorga a las partes el derecho de la pre constitución de la prueba con carácter meramente de investigación y autónomo a otro proceso principal o de derecho material, o algún plazo para la eficiencia de esa prueba anticipada, bajo las hipótesis del art 381 inciso II y III, en donde se materializa el reconocimiento de este derecho fundamental y constitucional, en este sentido concluyo que el derecho a prueba no se aplica hasta el momento en Honduras al tenor que en ningún instituto tipificado en el CPC/2007 ofrece las medidas necesarias para que los ciudadanos a través de su derecho a prueba soliciten la pre constitución de una prueba, desarrollado por un medio probatorio con características meramente de investigación, ya que el único presupuesto de admisión para pre constituir una prueba es el presupuesto de la urgencia limitando así el derecho a la mera pre- constitucion de la prueba e investigación.

Concluyo que la prueba anticipada bajo la noción cautelar no encuentra sustento en el derecho a prueba, pero si en el derecho de probar, al tenor que la prueba anticipada bajo la noción del *Periculum in Mora*, está precisamente destinada a un proceso principal y ser evacuada en el proceso probatorio oportuno del proceso principal, sea por la obligación del plazo de 1 mes establecido en la misma ley, o sea por la naturaleza que el que produce una prueba por temor a su perecimiento es alguien que tiene un claro interés de iniciar una acción de proceso principal, aunque este no se llevara a cabo, el estado reconoce el derecho de acción al momento de producir la prueba pero obliga que esta para su eficacia sea evacuada en un proceso principal, es decir la ley obliga que la prueba pre constituida bajo naturaleza cautelar deba producirse para su valor obligatoriamente en un proceso principal es decir para garantizar el derecho de probar y no ofrecer características de autonomía.

Sin embargo Concluyo que el derecho a prueba y por tanto la habilitación de usar la acción autónoma de prueba anticipada en el derecho hondureño es totalmente posible bajo las consideraciones siguientes.

La prueba como ya hemos abordado tiene como destinatario al juez, sin embargo, esta idea es evidentemente superada ya que el juez no solamente es destinatario de la prueba sino que también las partes, y estas partes juegan un rol fundamental en cuanto al derecho a prueba y sobre todos por modelos de cooperación como actores dinámicos dentro de la relación procesal, asimismo este es un derecho que se consagra en la constitución de ambas naciones, reconociendo firmemente la garantía del derecho a prueba de todo ciudadano, al tener las partes la facultad de ser destinatarios de la prueba junto con el juez y tener su derecho de prueba con grado constitucional, el presupuesto de la urgencia no debería de ser un obstáculo en cuanto a la admisión de dicha acción para requerir un medio probatorio, haciendo uso del poder judicial para mera pre constitución de la prueba o investigación, ya que esta se encuentra regulada en una norma jurídica infra constitucional que está obligada al respeto del constitución de la republica hondureña, en virtud que la urgencia no puede en ninguna forma limitar el derecho constitucional fundamental de prueba por lo que los jueces deben de interpretar la situación inconstitucional de dicho artículo en el caso hondureño no por denominar la urgencia como presupuesto, pero si por denominar la urgencia como único presupuesto de admisión, lo que es por todo lo expuesto una evidente violación al derecho autónomo de prueba consagrado en la constitución como un derecho fundamental inviolable.

En este sentido la experiencia brasileña como ejemplo más cercano al *Civil Law* y más aún la experiencia de derecho Anglosajón, esta acción probatoria perfectamente puede proveer información suficiente para que las partes puedan formar una autocomposición de la Litis, verificar sus chances de ganar o perder un juicio futuro, y así no perder tiempo ni saturar el poder judicial, haciendo el derecho procesal más eficiente para su finalidad, o como verificación de información, por lo que concluyo que en el derecho hondureño los jueces deben de flexibilizar e iniciar con el rompimiento de esquemas rígidos que lo único que hacen es limitar, burocratizar y perturbar el acceso a la justicia civil.

REFERÊNCIA

ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. Ed. Rio de Janeiro: forense, 2016.

AGÜERO, Alexis. MEZA, María del Sol. *Proyecto fortalecimiento del poder judicial de honduras cooperación española código procesal civil comentado honduras.-* coordinador de la obra magistrado Juan Miguel Carreras Maraña, Tegucigalpa: Editorial, 2009.

AGUILAR, Bessy Victoria. *Proyecto fortalecimiento del poder judicial de Honduras cooperación española código procesal civil comentado Honduras.-* coordinador de la obra “magistrado Juan Miguel Carreras Maraña. Tegucigalpa: Editoriales, 2009.

AGUILAR, Bessy Victoria. *Proyecto. Fortalecimiento del poder judicial de Honduras cooperación Española código procesal civil comentado Honduras.-* coordinador de la obra magistrado Juan Miguel Carreras Maraña. Tegucigalpa: editorial, 2009.

ALVIM. Arruda. *Manual de direito processual civil: Parte Geral*. V.1. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALVIM. Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

AMARAL, Moacyr Santos. *Prova Judicial No Cível E Comercial*. 5.ed. São Paulo; Saraiva, 1983. V.I.

AQUINO, Jose Carlos G. Xavier de. *A prova Testemunhal no processo penal Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ARAZI, Roland. Et al. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: Anotado y comentado*. T.I 2da ed. Santa Fe: Rubizal Culzoni, 2012.

ARRUDA ALVIM. Eduardo. MARTINS DA CUNHA, Igor. Produção antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2da ed. Londrina: Thoth, 2017.

BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. In *Direito Procesual Civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. *Restricciones a La Prueba En La Constitución Brasileña*. Sao Paulo: Revista de Processo, 1996.

BENTAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Traite des preuves judiciareis por Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJE, 1971. v. 3.

BERGA. Juan Garnica. *La Prueba Anticipada y el Aseguramiento de la Prueba En El Proceso Civil*. 2017. tesis doctoral presentada en universidad complutense de Madrid, facultad de derecho, Madrid, 2017.

BONAVIDES, Paulo Paes de Andrade. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra Política, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5 incisos XXXV.

BRASIL. Lei n 10.406 de janeiro de 2002. Precedência da republica Civil Subchefia para assuntos Jurídicos. Título das Pessoas Naturais, Capítulo I, da personalidade e da Capacidade.

BRASIL. Ley nº 13.105, de 16 de Marzo de 2015. CPC brasileiro traduzido para a língua espanhola: código de processo civil brasileiro de 2015. ARRUDA, Teresa Alvim. DIDIER JUNIOR, Fredie. Tradução CAVANI, RENZO. Salvador: Jus Pudivm, Seccion II.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Paraná. Responsabilidade civil. Sentença. Nulidade. Cerceamento do direito à prova. Alegações das partes relevantes e que dependem da produção de provas, em especial diante da inversão do ônus da prova em desfavor da ré. Anulação da sentença. Apelação provida. Apelação cível n. 1.710.314-7 do foro central da comarca da região metropolitana de Curitiba, 19.^a vara cível apelante: irmãos Muffato & cia ltda. apelados: Elizete de Fátima de Oliveira e outro, relator: relator: Albino Jacomel Gueiros. Paraná, Brasília, 7 de Feb. 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 2018.

CABELEIRA, Carlos Vinicius Soares. *Prova Ilícita no Processo Civil*. 2010. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010.

CABRAL, Antônio Do Passo. *Efeitos Processuais da Audiência Pública*. *Revista do Direito do Estado*. N. 2. Rio de Janeiro; renovar. 2006.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. VI. 19. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 5^a Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

CAMBI, Eduardo, *Direito Constitucional a Prova no processo civil: Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

CAMPOS, Adriana Pereira. FRANCO, Joao Vitor Sias. A Conciliação No Brasil e a Sua Importância Como Tratamento Adequado de Conflitos. São Paulo: *Revista de Direito Brasileira*, 2017. v. 18

CAMPOS, Adriana Pereira. SOUZA, Alexander de Oliveira Basílio De. Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro. Rio de Janeiro: *Dados - Revista De Ciências Sociais*, 2016. v. 59.

CARCAMO, Hernan Tercero. *La Prueba En Materia Civil en la Legislacion Hondureña*. Honduras Tegucigalpa: Editorial Universitária. 1990.

CARNELUTTI, Francesco. *Estúdios de Derecho Procesal*, V. II. Trad. Esp. De Santiago Sentís Melendo: Buenos Aires, 1952.

CASTRO, Joao Mendes, *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

CATENA, Víctor Moreno de. et al. *Módulo 4 Explicación instructiva del nuevo código procesal civil de Honduras*. Tegucigalpa: Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile, -istituzioni di diritto processuale civile*, 2. Ed. V. II. Nápoles: Giuffre, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos De Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 29ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

COLNAGO, Daniel Rodrigues, MESQUITA, Francisco Laux. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: A experiência Estrangeira e o CPC/2015. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*, 2da ed. Londrina; Thoth, 2017.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili – Il Diritto Attuale*. 2ª. ed. Torino: UTET, 2004.

CONTE, Mario. *Le Prove Civili – Trattati a cura di Paolo Cendon*. Milano: Giuffre editore, 2005.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires; Roque De Palma, 1958.

CUELLAR, Rigoberto Cruz. *Derecho Procesal Penal de Honduras*. Tegucigalpa: Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras LITOCOM. 2004.

DALEPRANE, Cristina Passos. *Poderes Probatórios do Juiz no Processo Coletivo*. 2012. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Processual Civil, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitoria, 2012.

DASSIE, Mateus Vicente Noronha. Produção antecipada de provas como instrumento de auto composição. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2. ed. Londrina PR: Thoth, 2017.

DE SANTOS, Víctor. *El Proceso Civil*. Buenos Aires; Editorial Universidad. 1999. T.I.

DIAS, Isabela Santos. VIANA, Luciana Contreiras, ROCHA, Luiza Teixeira. NUNES DOS SANTOS, Yago da Costa. A produção antecipada de Provas Como Instrumento de Resolução Extrajudicial de Conflitos. São Paulo: Revista de Processo. 2019. V. 287.

DIDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarna. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais*, 2013. vol. 218.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção Antecipada Da Prova. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2da ed. Londrina; Thoth, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito Processual civil introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. 14. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. V.I.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito Processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. Ed.- Salvador; Jus Podivm. 2017.

DIDIER, Fredie Jr. SARNO, Paula Braga. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual- Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria Do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação Dos Efeitos Da Tutela*. 5. ed. Salvador; Jus Podivm, 2010. V. II.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. 3ra. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Liebman e a cultura processual brasileira*. Rio de Janeiro; Revista de Processo. Vol. 119. p. 259 – 284. 2005.

DINAMARCO. Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. V.III.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de la Prueba Judicial*. T.I. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 1981.

FAIREN, Víctor Guillen, *Teoría General Del Derecho*. México: Instituto de investigación Jurídica: Serie G Estudios Doctrinales, Num 133. 1992.

FALCON. Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: Comentado Anotado y Concordado*. 1. Ed. T.I. Buenos Aires; Astrea, 2006.

FARIA, Márcio Carvalho. Et al. *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro - segunda parte anteprojeto do grupo de pesquisa "observatório das reformas processuais" faculdade de direito da universidade do estado do rio de janeiro*. Rio de Janeiro: Revista de Processo, 2015. vols. 241.

FILARDI, Hugo. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo; *Revista de Direito Privado*, 2019. Vol. 102. p.145-161.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção Antecipada da prova: Aspectos Gerais e Natureza da Sentença. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues,

CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2da ed. Londrina: Thoth, 2017.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Produção antecipada de provas: Aspectos Controvertidos*. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*, 2da ed. Londrina, PR: Thoth, 2017.

FUX, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil*. 4ta edição. Rio de Janeiro: forense, 2008.

GIDI, Antônio. et al. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro - quarta parte- Anteprojeto do grupo de pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Reform in evidentiary law in Brazilian civil procedure - Fourth part. Rio de Janeiro; *Revista de Processo*, 2015. vol. 243. p. 163 – 211.

GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di prova: contributo alla lógica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Campinas São Paulo; Bookseller. Tradução por Lisa Pary Scarpa. 2003.

GOMES, Camilla de Magalhães. *A Prova No processo Coletivo – teoria dos modelos da prova aplicada ao processo coletivo*. 2009. Disertacion Presentada al Programa de Pós Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo. 2009.

GOZAINI, Oswaldo Alfredo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: Comentado y Anotado*. 2da Ed. T. I. Buenos Aires: La Ley, 2008. p.817
GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual civil Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V.II.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo Penal*. São Paulo; Saraiva, 1993.

HONDURAS. Constitución (1982). Constitución de la Republica de Honduras. Tegucigalpa; OIM, Decreto 131 del 11 de Enero de 1982 Publicado en el Diario Oficial la Gaceta no. 23,612 del 20 de Enero. artículo 80.

HONDURAS. Decreto No. 211-2006. 30 de Marzo del 2009. Publicado en el Diario Oficial la Gaceta No. 31313 de Fecha 26 de Mayo del 2007. Tegucigalpa: OIM, 2009. Capítulo VI.

KELLY, Santiago A. Hernandez. *Teoría del Derecho Procesal*. 4ta ed. México: Editorial Porrúa, 2003.

LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a Antecipação Da Prova Sem O requisito da Urgência e a Construção de Soluções auto compositivas. São Paulo: *Revista de Processo*, 2015. vol. 242.

LEITE, Ronaldo Pedrosa, *Direito Em História*. 6ta ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.

LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Madrid: Reus, 1928. V.I.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. V.I, 2. Ed. Tradução e notas –Candido Rangel Dinamarco. Forense: Rio de Janeiro, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento de mérito*. In: *Estudos Sobre o processo civil Brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LIMA, Jose Reinaldo Lopes, *O Direito Na História: Lições Introdutórias*. 5ta. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MALUF, Said. *Direito constitucional: Sugestões literárias*. 8va edição. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil-Teoria do Processo Civil*. V.I 3. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso De Processo Civil- Tutela Dos Direitos Mediante Procedimentos Comum*. V.II. 5.ed. São Paulo; Revista Dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. *PROVA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARIÑA, Otero Luis. *Honduras en Edición*. Tegucigalpa: Editorial Cultura, 2003.

MARIÑA, Otero Luis. *Honduras en Edición*. Tegucigalpa: Editorial Cultura.

MARQUES, Jose Frederico. *Manual De Direito Processual Civil*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARTINEZ, Otto W. FLORES, Maria T. *Constitucion de la Republica de Honduras*. Tegucigalpa: OIM Editorial, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 40. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAZZEI, Rodrigo. *Algumas Notas Sobre o (“dispensável”) art 232 do Código Civil*. in ;Fredie Didier Jr; Rodrigo Reis Mazzei. (org. Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil. Salvador: Juspodivm, 2006.

MAZZEI, Rodrigo. Breve História (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In : FREDIE JUNIOR, Didier. PEIXOTO, Revi. FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: Parte Geral*. 2. Ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

MAZZEI, Rodrigo. VARGAS, Sarah Merçon. Breves notas sobre a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade como bases de compreensão das regras de impenhorabilidade do código de processo civil de 2015. DONATO, Elton José. São Paulo: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T.III 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação Da Tutela: Da Tutela Cautelar a Técnica antecipatória*. 3.ed. São Paulo: Editoria Revista Dos Tribunais, 2017.

MOACYR, Santos Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 20 E.d. São Paulo: Saraiva, 1998. V.I.

MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al Proceso civil* T.I, Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996. v.1.

MONTERO AROCA, Juan. *La Prueba En el proceso civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002.

MOREIRA DE PAULA, Jonathan Luiz. *História do direito Processual Brasileiro: Das origens Lusas a escola crítica do processo*. São Paulo: Manole, 2002.

MORIYA, Karla Saory Nidahara. A Defesa do Réu Na Ação Probatória Em Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. FUGA, Augusto Sampaio. COLNAGO, Daniel Rodrigues. CAVERSAN, Thiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2da ed. Londrina: Thoth, 2019.

NAVARRO, Tricia Xavier. O "ativismo" do juiz em tema de prova. Rio de Janeiro; *Revista de Processo*. 2008. vols. 159. Pag. 172 – 197.

NERY JUNIOR, Nelson, ANDRADE DE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*. 17 E.d. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE DE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador; Jus Podivm, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004. Vol. 113, p. 9 – 21.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4.Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PACHECO. Antonio Valle. *Los Sujetos Procesales y las tres grandes audiencias en el enjuiciamiento criminal vigente*. Tegucigalpa: Litocom, 2004.

PADILLA. Victor M. *Lecciones de Derecho Procesal Civil: Procedimientos Especiales*. Honduras Tegucigalpa: Editorial Universitaria, 1987.

PAIM. Antônio. *História do liberalismo Brasileiro*. São Paulo: Mandarin. 1998.

PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. T. IV. 3ra ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Lexis Nexis, 2005.

PISANI. Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 5ta. ed. Napoli: Jovene editore, 2006.

POLASTRI, Marcellus, A Prova Penal. 4. Ed. Salvador; Jus Podivm, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. T.I. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RAATZ, Igor. Da Distinção entre a tutela cautelar para a asseguaração do direito a prova e a produção antecipada da prova fundada na urgência; do seu esquecimento pelo atual Código de Processo Civil a Subsistência da Pretensão a Segurança da Prova. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2 ed. Londrina: Thoth, 2017.

REGIOLI. Jonathan Nasser. *Produção antecipada de provas: Aspectos Controvertidos*. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*, 2da ed. Londrina; Thoth. 2017.

REICHELTL, Luís Alberto. *A Prova No Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RODRIGUES. Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Preparação do processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-action protocols. São Paulo: *Revista de Processo*, 2019. Vol 290.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SÁENZ, Jorge Francisco Carbonell. *História del Derecho Costarricense*. San José: Ediciones Juricentro, 1997.

SÁENZ, Jorge Francisco Carbonell. *Libro Primero: Los sistemas normativos indígenas y el Derecho*. 4. Ed. San José: Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta, 2015.

SÁENZ, Jorge Francisco Carbonell. *Libro segundo El derecho nacional*. San José: Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta, 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 24. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. V.II.

SCARPINELLA, Cassio Bueno. *Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHMITT, CARL. *Sobre el concepto "ideal" de Constitución, Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial S. A, 1982.

SCHNEIDER, Sergio. SCHIMITT, Cláudia Job. O uso do método comparativo nas Ciências Sociais. *Cadernos de Sociologia*; Porto Alegre, 1998. V.9.

SOLIMINE. Omar L. Díaz. *La prueba En El Proceso Civil*. T.I. Buenos Aires: La Ley, 2013. p.30.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015: Anticipated production of evidence in Civil Procedure Law of 2015. Rio de Janeiro: *Revista de Processo*. 2016. vol. 26. p. 75 – 101.

TARTUCE. Flavio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 15 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici, in: trattato di diritti civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1992.

THEODORO JUNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do Direito Processual Civil e processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro; forense, 2010.

TONINI, Paolo. *La prova Penale*. 2. Ed. Padova: Cedam, 1998.

VARELA, Casimiro A. *Fundamentos Constitucionales Del Derecho Procesal*. Buenos Aires: AdHoc Editoriales, 1999.

VESCOVI, Enrique. *Código General del Proceso*. T. IV. Buenos Aires: Abaco, 2015.

VILELA, Vinicius dos Santos, DASSIE, Mateus Vicente Noronha. Produção antecipada de provas como instrumento de auto composição. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2da ed. Londrina: Thoth, 2017.

VILELA, Vinicius dos Santos, DASSIE, Mateus Vicente Noronha. Produção antecipada de provas como instrumento de auto composição. FUGA, Bruno Augusto Sampaio, COLNAGO, Daniel Rodrigues, CAVERSAN, Tiago Antunes. *Produção Antecipada da prova: Aspectos relevantes e aspectos polêmicos*. 2da ed. Londrina: Thoth, 2017.

FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no Direito Probatório. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Direito Probatorio*. 3. Ed. Salvador Bahía: Jus Podivim, 2018.

YARSHELL, Flavio Luiz. Breves Comentários ao novo Código de processo civil. ARRUDA, Teresa Alvim Wambier, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de processo civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2 es. Porto Alegre: Atlas, 2014.