



CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

ESCUELA DE DERECHO

INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

CLAVE 3219

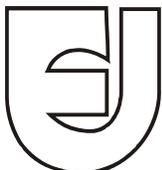
**“ETICA, MORAL E INEQUIDAD EN EL OFRECIMIENTO,
ADMISION Y PREPARACION DE LA PRUEBA PERICIAL
EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL.”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A:
VICTOR MANUEL SANDOVAL LEON**

**DIRECTOR DE TESIS:
LIC. ESQUILO ALBERTO DIAZ LUQUE**



MEXICO, D. F.

JULIO 2005



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A DIOS:
Por existir.

A MIS PADRES:
Por darme la vida, por su apoyo,
compresión y por el sin fin de de
cualidades que no podría
enumerar

A MIS HERMANOS:
Por el apoyo y forjar mi
carácter

A EL GRAN AMOR DE MI VIDA:
Por su apoyo, entereza y sobre todo por
aguantarme Pili.

A MIS AMIGOS:
Por su incondicional amistad.

EN ESPECIAL:
Don Esquilo Díaz Luque,
Jorge Antonio Preisser
Campos, Genaro Díaz de
León, Ricardo Escorihuela
Acosta.

INDICE

INTRODUCCION.	1
CAPÍTULO PRIMERO.	
1. VALORES	
1.1. Ética-moral.	6
1.1.1 La felicidad y la virtud.	10
1.1.2 La virtud y el placer.	11
1.2. Conducta ética del legislador.	16
1.3. Conducta ética-moral del juez.	17
1.4. Conducta ética del abogado.	20
1.5. Ius naturalismo.	22
1.5.1 Derecho natural desde la filosofía del derecho	26
1.6. Criterio de la H. suprema corte de justicia de la nación.	28
CAPÍTULO SEGUNDO	
2. ANTECEDENTES DE LA PRUEBA	
2.1. Roma.	40
2.1.1 Compilación legal.	45
2.2. Francia.	47
2.2.1 El código civil francés.	47
2.2.2 Código de Napoleón.	49
2.3. El proceso en México.	51
2.4. El proceso civil en México	53

CAPÍTULO TERCERO

3. MARCO TEORICO Y CONCEPTUAL

- | | | |
|------|-------------------|----|
| 3.1. | El proceso. | 56 |
| 3.2. | El proceso Civil. | 64 |

CAPÍTULO CUARTO

4. PRUEBA

- | | | |
|-------|--|-----|
| 4.1. | Teoría de la prueba. | 73 |
| 4.2. | Los medios de prueba en general y su concepto. | 77 |
| 4.2.1 | Noción del medio de prueba. | 77 |
| 4.3. | Clasificación de los medios de prueba. | 83 |
| 4.4. | La Prueba, Concepto y definición. | 87 |
| 4.5. | La evolución de la prueba a través de la historia. | 95 |
| 4.6. | La prueba en Roma. | 97 |
| 4.7. | La prueba pericial a través de los años. | 102 |
| 4.8. | Perito, Pericial, concepto y definición. | 108 |

CAPÍTULO QUINTO

5. PRINCIPIOS PROCESALES

- | | | |
|------|--|-----|
| 5.1. | Principios generales del derecho. | 120 |
| 5.2. | Los principios procesales, enunciación. | 130 |
| 5.3. | Equidad procesal, como principio procesal. | 133 |
| 5.4. | Principio de igualdad, según el derecho de las comunidades europeas. | 137 |
| 5.5. | Principio de igualdad, de acuerdo al derecho constitucional. | 138 |
| 5.6. | Principio de legalidad. | 139 |
| 5.7. | Equidad procesal, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación. | 140 |

CAPÍTULO SEXTO

6. ARTÍCULO 347 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL ANTES DE LAS REFORMAS DEL 26 DE MAYO DE 1996 Y DESPUÉS DE LA REFORMA.

- 6.1.** Análisis del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal antes de las reformas del 26 de Mayo de 1996. 148
- 6.2.** Análisis del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal después de las reformas del 26 de Mayo de 1996. 155
- 6.3.** La inequidad procesal del artículo 347 del Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal después de las reformas del 26 de mayo de 1996 163
- 6.4.** Comparación del articulo 347 del código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, antes y después de las reformas del 26 de mayo de 1996. 168

CONCLUSIONES 183

BIBLIOGRAFÍA 188

I N T R O D U C C I O N

Es propósito de este trabajo, es realizar un estudio acerca del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismo que se ubica en bajo el Título Sexto, Sección IV del ordenamiento citado y que trata de la prueba pericial. En especial, analizar y saber si existe inequidad procesal entre las partes en el procedimiento Ordinario Civil. A partir de las reformas publicadas en el Diario Oficial de 26 de mayo de 1996. Nuestro órgano jurisdiccional ha optado por admitir ó desechar la prueba pericial de acuerdo a distintos criterios que la practica diaria les da, sin que a la fecha exista jurisprudencia que subsane o fije un criterio concreto a seguir en torno al ofrecimiento, admisión y preparación de la prueba pericial en el juicio Ordinario Civil.

Al efecto se enfoca una visión filosófico-jurídica del derecho como ciencia, técnica, arte y filosofía, enmarcado en la axiología de la justicia, o sea, con dos valores que deben ordenar las conductas del legislador, del juez, del abogado y que inciden en el criterio de nuestro mas alto Tribunal, todo esto informa el primer capítulo de esta tesis que se propone con el fin de demostrar que cuando los litigantes, los legisladores o los jueces no se conducen, observando lo ético y lo moral, cometen errores y arbitrariedades que perjudican a la sociedad en general, tal es el caso de la aplicación del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles a estudio.

Los criterios emitidos por jueces y magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en ocasiones son contradictorios, por lo que es de suponerse que subsiste esa falta de equidad procesal entre las partes en una contienda judicial, trastocando el principio general del procedimiento que debe ser observado, respetado y obligatorio, tanto para las partes en un procedimiento como para las autoridades jurisdiccionales.

Es por todos conocido que todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho, prueba clara de lo anterior es la reforma antes citada del 26 de mayo de 1996. De aquí que la primera función del juez en un proceso sea la investigación de los hechos, para luego, en la sentencia, deducir el derecho que surja de ellos. El juez conoce el derecho y nada importa que las partes omitan mencionarlo o incurran en errores con respecto a la ley aplicable, porque al juez le corresponde establecer su verdadera calificación jurídica en virtud del principio *iura novit curia*; pero no ocurre lo mismo con los hechos, que solo puede conocerlos a través de las afirmaciones de las partes y de la prueba que ellos produzcan para acreditarlos, tal es el caso de la prueba pericial que se encuentra sujeta a demostración por medio de conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica oficio o industria de que se trate, sin embargo corresponde al juez y magistrados corregir las practicas desleales y tratar de enmendar cualquier deficiencia de la ley en cuanto al principio de equidad procesal entre las partes. “Todo esto forma parte de la valoración jurídica que el juzgador debe llevar a cabo para dictar sentencia”.

Pretendo realizar un amplio estudio respecto de como debe operar el ofrecimiento, admisión y preparación de la prueba pericial en el procedimiento Ordinario Civil. Ya que es de todos conocido que precisamente la reformas del pasado 26 de mayo de 1996, en especial de la prueba pericial, ya que antes de las reformas era conocida como una prueba de **CARÁCTER COLEGIADO** y que en la práctica esta prueba era utilizada de manera desleal ya que ofrecía la oportunidad de retardar, dilatar e inclusive suspender la secuela procesal y en su caso que los procesos se volvieran en ocasiones interminables, ya que por ser una prueba que como ya se menciona anteriormente era de carácter colegiada, es decir, necesariamente se necesitaba el dictamen de los peritos de las partes, también para el desahogo de dicha probanza, se necesita erogar cantidades monetarias por pago de honorarios y gastos, por ser necesario allegarse al dictamen de dichos peritos, profesionistas en una ciencia, arte, oficio, técnica, situación que lo hace en ocasiones inalcanzable para las partes en un procedimiento. Es obvio que

la voluntad del legislador del 1996, fue la de terminar con esta práctica dilatoria y volver ágil, pronta y expedita la practica de desahogo de la prueba en comento y como consecuencia la administración de la justicia, **NO ASI AGRATUITA**, sin embargo a mi criterio, se dejaron piezas sueltas que son en la actualidad indebidamente utilizadas por los litigantes a efecto de seguir retardando la secuela procesal al momento de ofrecer, admitir y preparar la prueba pericial en el juicio ordinario civil.

Saber si el artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no contempla la equidad procesal entre las partes, por que de ser así, entonces este articulo resulta inaplicable por ser violatorio del principio de equidad procesal.

Dentro del capitulo número 1, tratamos de enfocar filosóficamente el derecho como técnica, arte y ciencia principalmente desde el punto de vista axiológico, o sea, de los valores del ser y en especial con la actitud que deben tener legisladores y jueces que con ética y moral deben actuar en sus respectivas esferas, a fin de tutelar, proteger y reivindicar a la sociedad a través de la justicia y en el segundo de los casos, en atención a la equidad, que al fin y al cabo, es la justicia del caso concreto.

En apartados distintos se estudia la conducta ética del legislador y la conducta ética-moral del juez, así como el pensamiento del más alto Tribunal de la Nación, en especial de la buena reputación de los jueces, así como de los valores éticos y virtudes personales que deben ostentar, ya que ello es con la finalidad de tener conocimiento cierto de su actuación ética y profesional que permita llegar a la conclusión de saber si tiene la capacidad de llevar a cabo sus tareas bajo los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

En el capítulo segundo, se estudiarán los datos históricos de la prueba, desde Roma, Francia y el proceso civil en México, donde veremos la evolución de la prueba pericial en los estados antes señalados.

En el capítulo tercero se estudiará el marco teórico y conceptual de el proceso civil en México,

En el capítulo Cuarto se desarrollará con un estudio de la prueba en general, como teoría, los medios de prueba en general, así como el concepto, definición y la evolución de la misma en México y posteriormente con la prueba pericial en México en el Juicio Ordinario Civil de conformidad al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En el capítulo quinto se estudiará el principio procesal de “la equidad procesal” entre las partes, así como los principios generales del proceso y los criterios sustentados tanto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como de algunos tratadistas de la materia.

El estudio de antes y después de las reformas del artículo 347 es materia del capítulo sexto y se estudia la interpretación y cómo se lleva a la práctica lo ordenado por el artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Crear un antecedente debidamente fundado y motivado con la firme intención de aportar un criterio respecto de saber si existe o no equidad procesal entre las partes al ofrecer, admitir y preparar la prueba pericial en el juicio ordinario civil y en su caso ofrecer una posible reforma para efecto de acabar con prácticas desleales y dilatorias en los procesos terminando así con la posibilidad de que la prueba pericial siga siendo utilizada como una “herramienta de carácter dilatorio”, aclarando que no solo en su dictamen, sino, únicamente en la parte procesal.

CAPÍTULO PRIMERO

VALORES

1.1. ÉTICA-MORAL.

El derecho no solo es técnica, como afirman algunos procesalistas, también es ciencia, arte y sobre todo filosofía, solo así concebido es asequible a los profesionales que lo manejan y frente al cual se desarrollan diversas actitudes y personalidades como son las del Legislador, Juez, Litigante y Ministerio Público, por lo anterior y siguiendo el pensamiento de Cicerón, afirmamos que la ciencia del derecho debe extraerse de los arcanos de la filosofía, tal es la premisa que informa el presente estudio.

Ética (del griego *ethika*, de *ethos*, 'comportamiento', 'costumbre'), principios o pautas de la conducta humana, a menudo y de forma impropia llamada moral (del latín *mores*, 'costumbre') y por extensión, el estudio de esos principios a veces llamado filosofía moral.

La ética, como una rama de la filosofía, está considerada como una ciencia normativa, porque se ocupa de las normas de la conducta humana, y para distinguirse de las ciencias formales, como las matemáticas y la lógica, y de las ciencias empíricas, como la química y la física. Las ciencias empíricas sociales, sin embargo, incluyendo la psicología, chocan en algunos puntos con los intereses de la ética ya que ambas estudian la conducta social. Por ejemplo, las ciencias sociales a menudo procuran determinar la relación entre principios éticos particulares y la conducta social, e investigar las condiciones culturales que contribuyen a la formación de esos principios.

Los filósofos han intentado determinar la bondad en la conducta de acuerdo con dos principios fundamentales y han considerado algunos tipos de conducta buenos en sí mismos o buenos porque se adaptan a un modelo moral concreto. El primero implica un valor final o *summum bonum*, deseable en sí mismo y no sólo como un medio para alcanzar un fin. En la historia de la ética hay tres modelos de conducta principales, cada uno de los cuales ha sido propuesto por varios grupos

o individuos como el bien más elevado: la felicidad o placer; el deber, la virtud o la obligación y la perfección, el más completo desarrollo de las potencialidades humanas. Dependiendo del marco social, la autoridad invocada para una buena conducta es la voluntad de una deidad, el modelo de la naturaleza o el dominio de la razón. Cuando la voluntad de una deidad es la autoridad, la obediencia a los mandamientos divinos o a los textos bíblicos supone la pauta de conducta aceptada. Si el modelo de autoridad es la naturaleza, la pauta es la conformidad con las cualidades atribuidas a la naturaleza humana. Cuando rige la razón, se espera que la conducta moral resulte del pensamiento racional.

Algunas veces los principios elegidos no tienen especificado su valor último, en la creencia de que tal determinación es imposible. Esa filosofía ética iguala la satisfacción en la vida con prudencia, placer o poder, pero se deduce ante todo de la creencia en la doctrina ética de la realización natural humana como el bien último.

Una persona que carece de motivación para tener una preferencia puede resignarse a aceptar todas las costumbres y por ello puede elaborar una filosofía de la prudencia. Esa persona vive, de esta forma, de conformidad con la conducta moral de la época y de la sociedad.

El hedonismo es la filosofía que enseña que el bien más elevado es el placer. El hedonista tiene que decidir entre los placeres más duraderos y los placeres más intensos, si los placeres presentes tienen que ser negados en nombre de un bienestar global y si los placeres mentales son preferibles a los placeres físicos.

Una filosofía en la que el logro más elevado es el poder puede ser resultado de una competición. Como cada victoria tiende a elevar el nivel de la competición, el final lógico de una filosofía semejante es un poder ilimitado o absoluto. Los que buscan el poder pueden no aceptar las reglas éticas marcadas por la costumbre y,

en cambio, conformar otras normas y regirse por otros criterios que les ayuden a obtener el triunfo. Pueden intentar convencer a los demás de que son morales en el sentido aceptado del término, para enmascarar sus deseos de conseguir poder y tener la recompensa habitual de la moralidad.¹

Esquilo Díaz Luque abogado, ensayista y maestro universitario dice:

En los reinos del ser encontramos lo verdadero, lo permanente, lo absoluto, lo universal, lo inmutable que recibe el nombre genérico de VALOR tiene, para su comprensión diversas acepciones y para acceder a él debemos adecuar nuestro actuar en lo ético y lo moral, pues así lo ordenan inteligencia, razón y sentimiento.

Los **valores**, esos vilipendiados, olvidados e inobservados cobran el precio de un olvido mediante manifestaciones diversas con todo tipo de crisis y hace cambiar a la humanidad por ellas, humanidad a la que pertenecemos. No existe posibilidad de trascendencia si no son observados.

Al efecto debemos atender a la ética, virtud que pertenece al mundo de la filosofía y a la que debemos acudir para la observancia de los valores y reivindicación del ser y de sus reinos.

Los valores contienen diferentes grados de idealismo en las diversas sociedades, específicamente concretas ideales al mínimo de las exigencias y tendencias de la naturaleza racional, siendo apprehendidos por la razón práctica, la intuición y el sentimiento, así se forma por ejemplo, el ideal de justicia.

Los valores tienen existencia objetiva en cuanto a bienes que deben perfeccionar al humano en su ser espiritual. Puede haber una parte de elementos subjetivos, tanto en el conocimiento de los valores como en su incorporación al proceso constructivo, pero se da un subjetivismo relativo pues su límite es la existencia objetiva de los mismos.

Los valores tienen existencia objetiva, como ya se dijo, por lo que para el reconocimiento o aceptación de éstos se requiere un nivel de moralidad superior al mínimo ordinario que se encuentra en todos los seres humanos por el sólo hecho de ser.

¹ "ÉTICA." *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

Los valores son inmutables y universales ejemplos de esto, lo encontramos en la obediencia a la autoridad sin la cual no podría subsistir el Estado.²

En este caso, cabe incluir la filosofía de Aristóteles:

Aristóteles creía que la libertad de elección del individuo hacía imposible un análisis preciso y completo de las cuestiones humanas, con lo que las “ciencias prácticas”, como la política o la ética, se llamaban ciencias sólo por cortesía y analogía. Las limitaciones inherentes a las ciencias prácticas quedan aclaradas en los conceptos aristotélicos de naturaleza humana y autorrealización. La naturaleza humana implica, para todos, una capacidad para formar hábitos, pero los hábitos formados por un individuo en concreto dependen de la cultura y de las opciones personales repetidas de ese individuo. Todos los seres humanos anhelan la “felicidad”, es decir, una realización activa y comprometida de sus capacidades innatas, aunque este objetivo puede ser alcanzado por muchos caminos.

La *Ética a Nicómaco* es una obra escrita por Aristóteles en el siglo IV a.C. dedicada a su hijo, Nicómaco, consta de diez libros y su contenido versa sobre la felicidad. Está considerada una de las dos obras fundamentales en que posteriormente se basó la ética occidental, siendo la otra el mensaje bíblico judeocristiano.

Es un análisis de la relación del carácter y la inteligencia con la felicidad. Aristóteles distinguía dos tipos de “virtud” o excelencia humana: moral e intelectual. La virtud moral es una expresión del carácter, producto de los hábitos que reflejan opciones repetidas. Una virtud moral siempre es el punto medio entre dos extremos menos deseables. El valor, por ejemplo, es el punto intermedio entre la cobardía y la impetuosidad irreflexiva; la generosidad, por su parte, constituiría el punto intermedio entre el derroche y la tacañería. Las virtudes intelectuales, sin embargo, no están sujetas a estas doctrinas de punto intermedio. La ética

² DIAZ LUQUE Esquilo “*De los Reinos del Ser*”. I, II y III, Diario “*Sol de México*”, suplemento: “Misión Política”. Febrero 2004, México.

aristotélica es una ética elitista: para él, la plena excelencia sólo puede ser alcanzada por el varón adulto y maduro perteneciente a la clase alta y no por las mujeres, niños, “bárbaros” (no griegos) o “mecánicos” asalariados (trabajadores manuales, a los cuales negaba el derecho al voto).

Como es obvio, en política es posible encontrar muchas formas de asociación humana. Decidir cuál es la más idónea dependerá de las circunstancias, como, por ejemplo, los recursos naturales, la industria, las tradiciones culturales y el grado de alfabetización de cada comunidad. Para Aristóteles, la política no era un estudio de los estados ideales en forma abstracta, sino más bien un examen del modo en que los ideales, las leyes, las costumbres y las propiedades se interrelacionan en los casos reales. Así, aunque aprobaba la institución de la esclavitud, moderaba su aceptación aduciendo que los amos no debían abusar de su autoridad, ya que los intereses de amo y esclavo son los mismos.

1.1.1 LA FELICIDAD Y LA VIRTUD

Para Aristóteles, aunque la opinión general coincide en que la felicidad constituye el “bien supremo”, a la hora de definirla cada uno manifiesta su punto de vista. La felicidad del ser humano en la ciudad (“el animal político”) es colectiva. Es lo “que basta al hombre para ser feliz”. El bien es, pues, el fin último de nuestras acciones y consiste en “una actividad del alma en consonancia con la virtud”.

Aristóteles exponía que lo propio del ser humano, su función natural, es “una cierta vida práctica de la parte racional del alma” a la que se refieren las virtudes intelectuales (como la prudencia y la sabiduría) adquiridas por el aprendizaje y la experiencia. La otra parte, la de los apetitos del alma, se somete a

las razones de la primera: son las virtudes morales (valentía, moderación y justicia, por ejemplo) adquiridas por el hábito y vinculadas a ella. La virtud es el hábito de “decidir preferentemente [...] un justo medio, relativo a nosotros y determinado racionalmente como lo haría el hombre prudente”. El deseo de lograr nuestros fines es lo que establece nuestro razonamiento.

Del mismo modo, “el dominio de sí mismo” frente a las pasiones (sensaciones y emociones) forma parte de la virtud para alcanzar el “justo medio” (por ejemplo, el valor es un “justo medio” entre la cobardía y la temeridad). De esta forma, Aristóteles evoca la justicia, que es “una cualidad moral que obliga a los seres humanos a practicar cosas justas”. Los derechos, diferentes según el país, dependen de la voluntad de los seres humanos y de la forma de su gobierno, pero la equidad es superior a la justicia que corrige.

1.1.2 LA VIRTUD Y EL PLACER

Si la virtud depende de un acto voluntario, entonces la prudencia se convierte en un criterio. Es tan necesaria, en la búsqueda de la virtud, como la moderación y la educación de la parte del alma que alberga el deseo. Alguien es inmoderado por ignorancia o por falta de dominio de sí mismo, sobre todo frente al placer que todos buscamos, al tiempo que huimos del sufrimiento. El filósofo griego constata y afirma que el placer es actividad y fin, y puede ser considerado a su vez como el bien supremo.

Para Aristóteles, la amistad crea el vínculo social, y la más auténtica es la que se funda en la igualdad. Se considera al amigo como otro uno-mismo y es porque nos amamos a nosotros mismos por lo que podemos hacer el bien a nuestro alrededor identificándonos con el prójimo. Si la virtud lleva a la acción, el placer la consume: Aristóteles consigue así conciliar en la acción las virtudes y el placer. Sin embargo, la felicidad de los sabios se halla en otro lugar: en el placer

puro que ofrece la contemplación de lo divino y en la búsqueda de la inmortalidad. Los demás se limitarán a la política para vivir bien en la ciudad.³

Al respecto podemos señalar la más grande enseñanza de Sócrates (479-309 A.C.) que acata la sentencia del tribunal aún siendo éste injusta y afirma que de no cumplirse las sentencias desaparecería el Estado, bebe la cicuta y así, con su propia vida, da ejemplo de ciudadanía y respeto al Estado.

Quizá lo que está en juego es su perfección moral y su ética personal y con ello defiende el principio de seguridad jurídica.

Respecto a la razón (Ratio = capacidad de discernir o facultad de discurrir), se puede afirmar que ésta es el modo de conocer propio del ser humano, es la actividad intelectual superior que en forma discursiva compara ideas con ideas (forma juicios), juicios con juicios (forma racionios) y racionios entre sí. Se dice que el ser humano puede realizar esta actividad por poseer una parte espiritual (intellectus =Santo Tomás) que es la facultad de abstraer la esencia de los seres y los principios del conocimiento (de contradicción, de causalidad, de razón suficiente), y de esta manera entendemos o concebimos a los valores.

Por otra parte cabe señalar que la noción de ética deriva del griego que significaba “morada”, “residencia”, “lugar donde se habita”, más la aceptación que subsiste es la referida al “modo de ser” o al “carácter”, por esto es que lo ético y lo moral son conceptos paralelos, inseparables, cuyo ejemplo lo vemos palpablemente en la referencia de Sócrates que hicimos líneas arriba, que en su perfección moral su conducta ética lo lleva a defender la permanencia del Estado sin el cual sucumbiría la sociedad. “Es una injusticia del hombre no de leyes” diría el maestro, subrayando así lo sublime de su enseñanza. ¡Qué ejemplo de ética personal y de perfección moral!

³ ÉTICA A NICÓMACO." *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

La moral estudia, a la luz de la razón, la rectitud de los actos humanos con relación al fin último del ser o a las normas que se derivan de su último fin. Se puede afirmar que en el campo del derecho, por ejemplo, existe la noción moral de éste como medio para lograr el fin último del humano, ya que el derecho es un instrumento para la realización del Valor Justicia.

La justicia es un valor y una virtud que debe regir al ser para su realización o trascendencia. Es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo (Ulpiano S. III D.C.) o “el arte de lo bueno y lo equitativo” para el derecho como arte, ya que éste también es esencia, técnica y filosofía.

Las obligaciones morales tienen por fin la perfección integral del individuo y las obligaciones que tienden al bien común son jurídicas. Es de señalarse que la mayoría de las obligaciones de justicia son a la vez morales y jurídicas, sin embargo se debe distinguir al derecho de la moral, puesto que el primero actúa por medio de una autoridad externa, regula la paz exterior (impuesto por la fuerza) y la segunda actúa sobre la conciencia, es algo interno y procura la paz interna (Thomasius 1665-1720).

La práctica de la conducta ética se puede dividir para su ejercicio en varios rubros atendiendo a las actividades del ser, así en el plano de la abogacía cabe formular varias interrogantes. Es frecuente oír el insistente lamento de que vivimos en una crisis de valores, en el que los agentes comprometidos en la aplicación de la justicia como son los jueces, abogados, funcionarios, gobernantes, caen en renuncias en el desempeño de sus funciones trayendo aparejados una quiebra en el proceso de impartir justicia.

No resulta fácil discernir y emitir un juicio riguroso, pues por una parte se escucha la voz tronante que denuncia una avalancha corruptiva y por otra aparece el abúlico conformismo que lleva a un inerte inmovilismo.

Según la Biblia y el Corán, el primer hombre y la primera mujer, progenitores de la raza humana. Adán, en hebreo adam significa hombre, fue creado "con polvo del suelo" (Gen. 2,7); Eva, en hebreo javá, la que vive, la viviente, fue creada de una costilla de Adán y entregada a éste por Dios para que fuera su mujer.

El relato aparece en dos versiones: Gén. 1,26-27 y Gén. 2,7-8; 18-24.

En tiempos antiguos, solía suponerse que todas las especies vivientes, incluida la humana, tenían su origen en un par de ancestros aborígenes creados directamente por Dios. En este aspecto, el relato bíblico de Adán y Eva difiere sólo en detalles de otros mitos similares del antiguo Oriente Próximo y de otras regiones. Mitos del mismo tipo aparecen también, por ejemplo, en fuentes mesopotámicas antiguas como el poema de Gilgamesh, que data del aproximadamente 2000 a.C.

En el Islam, Adán es el vicario de Dios y Hawa su esposa, Eva. Según dice el Corán y amplían las leyendas islámicas, fue creado de barro, de arcilla moldeable. Está considerado como el primer Profeta mensajero (nabí rassul). Cuenta una tradición islámica que fue el constructor original del altar sagrado, La Caaba, en la Meca.

En ciertos aspectos, el relato bíblico de Adán y Eva es único. Los primeros capítulos del Génesis fueron sometidos a un considerable trabajo editorial, y lo que al principio era una narración lineal del comienzo de la especie humana en general se convirtió en un relato más sofisticado para explicar la situación de los hombres y las mujeres en sus relaciones entre sí y con el entorno. Esto queda en evidencia en la introducción del tema de la creación de la mujer separada de Gén. 2,18-24 que, entre otras cosas, defiende la complementariedad entre ambos sexos. También puede verse en la utilización que se hace de la historia para culpar a la humanidad por habitar un mundo muy lejos de la perfección, en el que

la tierra se hace de rogar para ofrecer su fruto (Gén. 3,17-19) y en el que la posición social de la mujer es inferior a la del hombre (Gén. 3,16).

Estas distintas direcciones que se han dado al relato bíblico del origen de los seres humanos constituye el principal elemento para considerarlo un clásico religioso. Antes de que surgiera la crítica bíblica, cuando la Biblia era el único ejemplar de literatura antigua conocido por el mundo occidental, se consideraba un documento histórico que ofrecía información veraz acerca de un pasado, relativamente reciente, que había transmitido su tradición ininterrumpidamente de generación en generación. Se daba por supuesto que la narración era nada menos que un hecho histórico real. Tal es la posición que todavía hoy mantienen quienes se definen a sí mismos, o son definidos por otros, como fundamentalistas, término aplicado a quienes consideran que la influencia (o inspiración) divina en la producción de las narraciones bíblicas es una garantía de que todo su contenido debe ser aceptado como hecho literal.

Sin embargo, la mayoría de los especialistas bíblicos de la actualidad aceptan el relato de Adán y Eva por lo que al parecer es: una narración hebrea de los orígenes de la humanidad que tiene muchas conexiones con mitos de otros pueblos de la antigüedad, aunque también bastantes elementos que la distinguen de ellos. El reconocimiento de esta realidad no merma en modo alguno los valores religiosos del relato, sino que se limita a definirla.⁴

No pasa desapercibido que de acuerdo este trabajo y en especial en este capítulo de la ética y la moral, que este relato bíblico, es el primer ejemplo de la violación a la conducta ética y moral del hombre, ya que por todos es conocido que Adán y Eva, desobedecieron el mandamiento supremo, Eva al convencer a Adán en comer la manzana y Adán en comer esa manzana situación por la que sufrieron el castigo divino que es de todos conocidos.

⁴ ADÁN Y EVA." *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

1.2. CONDUCTA ÉTICA DEL LEGISLADOR.

La actividad legisladora no siempre está en manos de juristas más como el producto de la actividad es la Ley, los juristas intervendrán para la formulación técnica de las normas que han de publicarse. La Ley, en su construcción está íntimamente ligada a la Ciencia del Derecho, por lo que el legislador debe conducirse con toda probidad hacia su representada que es la sociedad y por tanto sólo con conductas Morales y Éticas irreductibles, se debe conducir.

La actividad legislativa está limitada por las circunstancias históricas y los ideales de justicia, asimismo, por otra parte, una Ley de categoría superior limita el contenido de la de categoría inferior, excepto si se trata de la elaboración de normas constitucionales pues, en este caso, las posibilidades constructivas son más amplias, con observancia de las circunstancias históricas.

La ética del legislador lo obliga a ser consciente de que legisla para una sociedad histórica determinada por lo que debe atender a los datos jurídicos y reales de esa sociedad así la valoración que haga deberá ser realista, prudente, justa y perspicaz.

La ética exige también que las leyes no deben servir a los intereses de ningún sujeto o grupo, ni siquiera a la mayoría, ya que la suma de los intereses de la mayoría, aunque fuese la de todos menos uno, no sería la expresión del interés general (Recasens Siches).

Al legislador compete emitir mandatos y prohibiciones de carácter general con miras al bien común, como estrategia con principios y recta conducta ética y moral, que emite sus órdenes para ganar una guerra dejando a los tácticos y técnicos la organización de los detalles. (Aplicación).

Para dilucidar el concepto de Ley en contraposición con el de Costumbre, se debe hacer la distinción de la primera con respecto a la segunda observando las siguientes distinciones:

a) Por originarse directamente de la voluntad de lo gobernantes, en oposición a la Costumbre que tiene por origen la voluntad de los gobernados;

b) La legislación es una fuente “orgánica” como también lo es la Jurisprudencia, es decir, que es un proceso de creación del Derecho encomendado a órganos determinados del Estado, por oposición a la Costumbre que es creada en forma anónima, sin un órgano visible de su creación;

c) La Legislación suele estar “institucionalizada”, o sea, reglamentada en cuanto a la existencia y facultades de los órganos a quienes corresponde al proceso legislativo, por lo mismo la legislación señala la madurez del sistema jurídico y el último estadio en el desarrollo de los procesos creadores del Derecho;

d) La Legislación atiende expresamente a las facultades y límites de la Autoridad estatal respecto de los súbditos en tanto que la Costumbre expresa relaciones de los súbditos entre sí.

Por lo anterior, el sustentante considero que es indispensable la conducta ética del legislador, para estar en aptitud de crear leyes buenas, mismas que serán aplicadas a los gobernados.

1.3. CONDUCTA ÉTICA-MORAL DEL JUEZ.

El aspecto exterior de las reglas de derecho nos muestran tres valores: Seguridad jurídica que trae consecuencias valiosas a la sociedad (principios de

orden, autoridad, paz), justicia (igualdad, generalidad o desigualdad), progreso social, dicha abundancia, cultura y en su caso, subsistencia (Radbruch).

Estos valores han sido poco a poco descubiertos por los seres humanos y poco a poco éstos los van olvidando, sin embargo, han sido objeto de enriquecimiento del Derecho. El problema consiste en la investigación de los valores sociales que constituyen el ideal por realizar (Roubier) y a esta tarea se entrega principalmente el juez.

Debemos partir del ser humano a quien llamamos juez mismo a quienes se dirigen pensamientos como el transcrito a continuación y que es pensamiento de Esquilo Díaz Luque abogado, ensayista y maestro universitario que nos dice:

“Cuando aprendí a decir palabras, dije ¡papá!, ¿Acaso era mejor decir juez?; de igual manera, cuando transcurrían largas horas y tú hacías rayas y bolas, y que después aprendí que eran letras y que eran el resultado de tu estudio y de tu trabajo, entendí entonces como intercalabas el tiempo que era para mí y que dedicabas a tus funciones. Cuando empecé a caminar tuvo tus brazos y tus manos para apoyarme, pero no todo el tiempo, puesto que tenías que volver al estudio y dedicación; sin olvidar que mi gran gusto fueron las mañanas cuando me llevabas a la guardería, donde conocía a muchos niños y donde tanto tu persona como la mía siempre eran ir limpios y bonitos, aunque después sabías que te tenías que ir a tu trabajo. Y cómo olvidar los paseos cortos por el parque cercano a la casa, donde yo descubría el mundo de la realidad, brincando, saltando, y al llegar a casa volvías a tomar tus libros para estudiar o relacionado con tu trabajo.

Por último, vivir convencido de lo que se hace es necesario para todo ser humano, además, después de expresar mis ideas puedo decir que la inversión que hice en ti papá la doy por bien utilizada, puesto que a distintas generaciones y sectores de la sociedad los has resuelto sus conflictos.

Solo, tal vez, terminaría mi mensaje diciendo: no importa mi edad, ni los años transcurridos, todavía y por muchos años te necesito ¡papá! y ¡juez!.

Lo transcrito lo ha sentido el suscrito desde la niñez hasta los setenta años, soy orgullosamente hijo de juez; qué ejemplo de probidad, de honradez, de ética. ¡Que responsabilidad he tenido! Esa “cosa simple que insertamos, que en las cosas simples se encuentra lo trascendente, se puede analizar

para explicar cada uno de los comportamientos público y privado del juez desde su perspectiva ética”.⁵

En el proceso, el juez muestra su señorío en su independencia y autonomía, le vendrá el repudio general y la vergüenza para su descendencia y para su linaje de abogado, si no cumple.

La reserva sobre el caso y la abstención de comentarios públicos son su señorío, personalidad, legitimación, su hechura de hierro (por eso se le llama Señoría).

Asimismo, el juez, en el ejercicio de su libertad de valoración jurídica para dictar sentencia está facultado, por naturaleza, para abstraer del contenido de los autos (sólo existe lo que se encuentra en el expediente) aquello que considere relevante o fundamental y que por lo tanto debe ser expuesto en el capítulo de considerandos de su sentencia.

También se considera al Juez, como una persona física que encarna la titularidad de un órgano unipersonal encargado de administrar justicia y tiene potestad y autoridad para juzgar y sentenciar en el caso que corresponda; también aquella que forma parte de un tribunal colegiado, compuesto de tres o más miembros que reciben el nombre de magistrados y se encargan de impartir justicia, por regla general en grado de apelación o recurso interpuesto contra las sentencias de los órganos formados por jueces.

Todos ellos integran el poder judicial, uno de los tres grandes poderes en que se estructura el Estado de Derecho y tienen por función el juzgar los litigios presentados a su consideración o los delitos y faltas castigados en el Código Penal, y vigilar el cumplimiento de la sanción, todo ello con arreglo estricto a lo dispuesto en la ley y con total independencia, que debe ser respetada por los

⁵ DIAZ LUQUE Esquilo “De los Reinos del Ser”. I, II y III, Diario “Sol de México”, suplemento: “Misión Política”. Febrero 2004, México.

demás órganos del Estado y ciudadanos en general, cuando se encuentran en el ejercicio de sus funciones.

En muchos países las autoridades judiciales constituyen un cuerpo de altos funcionarios del Estado al que se accede por examen de oposición entre licenciados en Derecho, y van ascendiendo por categorías hasta llegar a los grados y tribunales superiores. Un porcentaje de ellos se elige entre juristas profesionales de reconocido prestigio que lleven ejerciendo un cierto número de años, en casi todos los casos superior a 10. Su régimen es el de absoluta incompatibilidad con el ejercicio de cualquier tipo de profesión o negocios, toda vez que no debe ejercerse sobre ellos influencia o presión alguna que atente a su imparcialidad en el cumplimiento de su deber, que consiste en fallar, sin pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, aplicando las fuentes del Derecho consideradas por el ordenamiento jurídico, y de acuerdo con el orden en el que se hallen establecidas.⁶

Es necesario e indispensable que exista en la persona del juez la ética y la moral para que elabore sentencias justas.

1.4. CONDUCTA ÉTICA DEL ABOGADO.

Al respecto se puede dividir la conducta del abogado en varios apartados como son:

La actuación del abogado debe distinguirse por su nitidez, puesto que es un defensor de causas no de ideologías y esta posición obedece a su responsabilidad social.

⁶ "JUEZ." *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

No puede defender causas contrarias es decir, le está prohibido prevaricar. Esta conducta no sería ni ética ni moral, sería corrupta injuriantemente contraria a la dignidad de las personas (sociedad y particulares).

En la relación profesional, el abogado debe responder a una normatividad ética. Así el Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana de Abogados presenta, en su primer artículo, la función del abogado: “El abogado ha de tener presente que es un servidor del Derecho y un coadyuvante de la Justicia; y que la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente”.

La necesidad de la función de los abogados se siente en una sociedad en cuanto ésta se moderniza y se hacen más complejas las relaciones sociales. Los particulares necesitan de peritos en Derecho que puedan aconsejarles en sus asuntos jurídicos (jurisconsultos) y cuando sea necesario defender sus asuntos ante los Tribunales. No es exclusiva esta necesidad de países capitalista, como se cree, sino países socialistas y en la sociedad del futuro se reclamará la existencia de más y mejor preparados abogados. Dice bien el Código citado que la esencia del deber profesional del abogado es defender los derechos de su cliente. La afirmación del Augusto Comte en el sentido de que el derecho es el primer producto social se confirma con la actuación del abogado que está al servicio del derecho. Derecho, abogado y sociedad es la unidad.

Abogado, es aquel que, contando con el título universitario correspondiente, pertenece a su colegio profesional en calidad de ejerciente y como tal se dedica al asesoramiento, dirección y defensa de los derechos e intereses ajenos ante los tribunales, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas. La abogacía es una profesión liberal que, en orden a la justicia, otorga de manera exclusiva y excluyente la posibilidad de defensa jurídica de las partes intervinientes en un litigio. La relación del abogado con su cliente es la de un arrendamiento de servicios, aunque en la práctica muchas veces se ve superada esta figura y

pueden distinguirse elementos de mandato, gestión y representación. Así ocurre cuando se pactan los honorarios que percibe el abogado como compensación económica adecuada por los servicios prestados. El abogado tiene el deber de cooperar con la administración de justicia mediante la defensa jurídica de los intereses que le sean confiados. La actuación del abogado debe ser siempre libre e independiente y, como profesional, el letrado recibirá el amparo de los tribunales en su libertad de expresión y defensa. La dignidad de la función del abogado comporta que goce de todos los derechos inherentes a la misma y como contrapartida se le exige probidad, lealtad y veracidad en el fondo de todas sus declaraciones, así como la utilización de formas respetuosas en sus manifestaciones y siempre guiado por el principio de buena fe. Por último, el abogado tiene el deber y el derecho de guardar secreto profesional de todos los hechos y noticias que conozca por razón de su actuación profesional y no puede ser obligado a declarar sobre ellos. En Latinoamérica, durante los años que fue sometida por dictaduras, muchos abogados que, en defensa de sus clientes concurrían a los tribunales eran detenidos y en algunos casos desaparecidos.⁷

Por lo anterior, se debe de entender que el abogado debe actuar con toda lealtad, honorabilidad, honradez, ética, profesionalismo y esmero que el cargo le confiere.

Es requisito indispensable la conducta moral y ética del litigante para la defensa de sus causas y para el bien de la sociedad.

1.5. IUS NATURALISMO

La doctrina del derecho natural, pernea a todo orden jurídico, dándole estructura, solidez, fundamentación y sentido, es por esto que en este trabajo

⁷ "ABOGADO." *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

recepional, debemos acudir a la misma, principalmente entratándose de la actitud ética y moral de los jueces y de los legisladores a la luz del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Los *Ius Naturalitas* dicen que una especial categoría, se encuentra en el individuo que esta es a priori de la voluntad, que se hace sentir en la voluntad, que sin reflexión o explicación debe obedecer a la norma jurídica, se puede afirmar que el Derecho natural es verdadero Derecho objetivo.⁸

Para hablar del *Ius Naturalismo* es necesario señalar el concepto de justicia, ya que ésta es la pauta de la filosofía de los valores y el fin del derecho positivo. “la justicia es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, por tanto, en sí mismo, y no derivado de otro superior”⁹

La justicia que atiende al derecho positivo es llamada juricidad y la justicia que atiende a la idea del derecho anterior y superior a la Ley es la justicia en sentido estricto, la primera es la justicia del juez, la segunda es la justicia del legislador.

Esta justicia que atiende a la idea del derecho es la aplicable, estrictamente, a jueces y legisladores que deben tener en la mira para dictar sus resoluciones, dar sus opiniones los primeros, y crear instituciones jurídicas los segundos para resolver, unos y otros, los problemas de la sociedad, a través de sentencias que son las leyes particularizadas y de ordenamientos jurídicos que son las leyes generalizadas. Se puede decir, entonces, que respecto a la materia que nos ocupa, tanto los jueces como los legisladores, han llevado, increíblemente, **a una encrucijada procedimental a las partes en el proceso, al dictar el nuevo texto del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles.** Las opiniones

8. SALDAÑA BENARD Agustín “*La razón Jurídica Natural y el Derecho a la Guerra*”. Universidad Latina, S.C., México, D.F., 2003. Facultad de Derecho.

9 RADBROUCH, Gustav. “*Introducción a la Filosofía del Derecho*”, Traducción de Wenceslao Roces, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998. p. 31.

contradictorias de los jueces representantes del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, así como las de los legisladores, dejan en un estado absoluto de indefensión a la sociedad entera, impidiéndoles, por su obscuridad y defecto legal, tanto del texto de la Ley, de las sentencias y de las opiniones, negando así la procuración de la justicia y no solamente esto, sino lo que es peor, impidiendo el ejercicio de acciones y derechos y la concretización de estos últimos en perjuicio de los principios generales del derecho, del procedimiento y que en especial del principio de certeza jurídica que debe contener toda norma jurídica.

Volviendo al derecho natural, podemos decir que éste y el derecho positivo son dos clases de derecho objetivo, el derecho natural está compuesto por principios y normas morales que rigen la conducta social de los humanos y que son conocidos por “la recta razón escrita en todos los corazones”¹⁰, el Derecho positivo es el sistema de normas emanadas de la autoridad competente y promulgadas de acuerdo con el procedimiento de creación imperante en una nación determinada o en el orden jurídico internacional. Se puede afirmar que todos los Derechos positivos tienen su fundamento filosófico en principios del Derecho natural, agregando, que no son dos sistemas opuestos sino que en ambos concurren numerosas normas y principio.

A mayor abundamiento, las normas del derecho natural, son normas que no dependen de elementos extrínsecos, razón fundada por la que se dice que es el único derecho auténtico y que para justificar el Derecho vigente es necesario que éste siga los dictados de aquel, de esta manera las obligaciones jurídicas que tienen por fin el bien común de un grupo social son exigibles de su cumplimiento por propia naturaleza.

¹⁰ VILLORO TORANZO, LA REPÚBLICA, III, 22. Cit., “*Introducción al Estudio del Derecho*”. Ed. Porrúa, México 1966. p.p. 7 y 8

Es de señalarse que la función del Estado y del orden jurídico, derivadas del derecho natural, es la de mantener un monopolio de la fuerza institucionalizada, para así hacer cumplir la norma jurídica.

Dentro del pensamiento de la escuela del derecho natural, desde los remotísimos pensamientos estoicos hasta los de la escuela del ius Naturalismo Racionalista (puffendorf y Thomasssius, Hugo Grocio, Padre del Derecho natural) aseveran que el derecho natural es inmutable y obedece al dictado de la recta razón, por lo que habiendo la razón entre los hombre son debe existir es imposición demás fuerte sobre el más débil que existe entre los animales, cree al igual que Vitoria que en el orden jurídico debe imperar la Ley de la razón.

Respecto del iusnaturalismo individualista John Locke establece que es diferente el estado de naturaleza y lucha de hombres; y que el estado de naturaleza, significa que los hombres viven de acuerdo con la razón sin autoridad; y emplean la fuerza, sin Ley jurídica, lo que provoca el estado de guerra contrario al estado que tutela el orden jurídico vigente. Esta cinta es necesaria en virtud de que si las partes en el proceso se ven impedidas por una mala Ley (Ley injusta), o dejan de aplicarla o de observarla o se vuelven contra ellos precisamente por injusta, tal es el caso del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles a estudio, o sea que el orden jurídico se ve trastocado por una mala Ley o por una mala decisión de los Tribunales a través de las sentencias y traerán indefectiblemente la reacción social de repudio, de malestar de parte de toda la sociedad que inerme contempla los acontecimientos y que hace suya, en carne propia, la injusticia de leyes y de sentencias, provocando así un malestar social de alcances inimaginables. Esto es que si la razón jurídica natural y los derechos fundamentales de los Estados no fueren previstos por los principios del ordenamiento jurídico positivo que tendría como resultado que éste fuera quebrantado. Tal es el caso y el momento que nos da la redacción, las sentencias y opiniones sobre el artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles.

Se puede concluir que el derecho natural es verdadero derecho, en tanto que está compuesto por normas exigibles que atienden al bien común y todos los estudiantes y los estudiosos de esta ciencia, debemos atenderlo para la consecución del bien común.

1.5.1. DERECHO NATURAL DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

El derecho natural es el ordenamiento jurídico que nace y se funda en la naturaleza humana, no debiendo su origen, por tanto, a la voluntad normativa de ninguna autoridad, como ocurre con el derecho positivo. Es un conjunto de preceptos que se imponen al derecho positivo y que éste debe respetar. El derecho positivo está establecido y sancionado, para cada tiempo y cada comunidad social, por la voluntad del legislador, que representa la voluntad social; por lo tanto, se trata de un derecho variable, contingente, mientras que el derecho natural es un orden jurídico objetivo, no procedente de legislador alguno, que se impone a los hombres por su propia naturaleza; es objetivo e inmutable y conocido por la razón.¹¹

Por encima del derecho positivo, dimanante de un legislador, existe un derecho independiente, que se justifica en la exigencia misma de introducir en el concepto del derecho y del estado el valor fundamental y original de la persona humana, y colocar este valor en el vértice de todo el sistema jurídico.

Es necesario señalar que las normas que integran el derecho natural son de carácter jurídico, una realidad jurídica objetiva y no unos principios de carácter moral o religioso. El derecho natural constituye un verdadero ordenamiento jurídico, con sus mandatos y prohibiciones, independiente de la voluntad humana y de toda reglamentación positiva.

¹¹ GALAN, E. " *Ius Naturae*". Madrid, 1961.

El carácter jurídico de los preceptos del derecho natural ha sido negado por las posturas positivistas. El derecho natural carece de positividad, por lo que debe, según los iuspositivistas, negarse su realidad o su carácter normativo, ya que la positividad es una característica esencial del derecho. Frente a esto hay que distinguir entre derecho concreto, históricamente dado, que requiere efectivamente vigencia o positividad, y el derecho como realidad esencial e intemporal.¹² El derecho natural está vigente a través de los ordenamientos concretos que lo incorporan, por lo que habrá de afirmar su condición de tal derecho. El derecho natural es derecho, tanto por la estructura de sus normas (enunciados prescriptivos relativos a comportamientos) como por su obligatoriedad (el derecho natural es aceptado como objetivamente obligatorio).

Los principios del derecho natural se basan en la naturaleza humana. Pero actualmente, al hablar del concepto de derecho natural, se alude no sólo a la naturaleza del hombre, sino a un conjunto de realidades en las cuales se desarrolla la convivencia social (factores culturales, sociológicos, etc.).

El derecho natural es el fundamento del derecho positivo, es decir, éste está subordinado al natural. El derecho natural sirve al ordenamiento positivo de control y límite, y además de complemento. El derecho natural justifica la existencia y obligatoriedad del positivo, pero no es éste una mera repetición del primero, ya que los preceptos naturales son abstractos, generales y universales, de lo que nace la exigencia de la existencia de un derecho positivo concreto y adaptado a cada sociedad en cada tiempo, incorporando el valor de justicia subyacente en estos principios naturales.

Una expresión contemporánea -no única- del derecho natural se traduce con los derechos humanos fundamentales. Éstos se pueden definir como aquellos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas,

¹² FERNANDEZ-GALINDO,A, “*Curso de Derecho Natural*”, Madrid, 1965

sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mismo hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana¹³.

El fundamento de los derechos humanos se encuentra en el derecho natural. El derecho a la integridad moral y física, a la libertad, a la defensa legal, etc., constituyen una dotación jurídica básica igual para todos los hombres, por encima de toda discriminación. El origen de los derechos humanos no puede ser la Constitución, ni un convenio internacional, ya que esto implicaría que pueden ser suprimidos o modificados libremente por el legislador constituyente o por las autoridades firmantes de ese convenio. Por lo tanto, dejarían de ser derechos fundamentales intangibles.

La teoría de los derechos fundamentales supone, cualquiera que sea la terminología empleada (derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos naturales...), la existencia de un ordenamiento superior, el derecho natural, que es su fundamento y justificación.¹⁴

Se debe atender al derecho natural y sus principios para ordenar la conducta del legislador, del juez y del litigante.

1.6. CRITERIO DE LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Entratándose de los valores, de la ética y la moral, de los jueces, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado que es necesario para ser aspirante a ser juez, el requisito de BUENA REPUTACION, ya que esta es un requisito que debe ser tomado en cuenta de acuerdo al artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, ya que es necesario asegurarse que se cuenta con servidores públicos, probos, capaces e independientes, dotados, además, de valores éticos y virtudes personales, aunado a los principios de

¹³ IDEM

¹⁴ MARITAIN, J. *“El Hombre y el Estado”*. Buenos Aires, 1952

excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia, a que se refiere el artículo 100, párrafo séptimo, de la Constitución Federal tal y como lo indican las tesis jurisprudenciales que transcribo:

JUECES DE DISTRITO. CUANDO EN UN CONCURSO INTERNO DE OPOSICIÓN PARA SU DESIGNACIÓN SE CONSIDERE QUE UNO DE LOS ASPIRANTES NO CUMPLE CON EL REQUISITO DE "BUENA REPUTACIÓN". ES NECESARIO QUE SE FUNDE Y MOTIVE, Y QUE SE LE OIGA.- Si bien es cierto que la buena reputación reviste gran importancia y debe ser tomado en consideración, en estricto apego a lo prescrito por el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la federación, para asegurar que se cuente con servidores públicos probos, capaces e independientes, dotados, además, de valores éticos y virtudes personales, también lo es que cuando, para resolver sobre la no designación de un Juez, se considera que dicha reputación no es buena es primordial que se funde y motive debidamente tal aseveración, y que se bríndela oportunidad al interesado de ser escuchado sobre el particular. SEMANARIO JUDICIAL. NOVENA ÉPOCA. TOMO X. NOVIEMBRE 1999. PLENO. PÁG. 41.

JUECES DE DISTRITO Y MAGISTRADOS DE CIRCUITO. SU RATIFICACIÓN. INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 121 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. El pleno del Consejo de la Judicatura Federal, al examinar el elemento que debe tomar en consideración en el acto de ratificación de los Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito, a que se refiere la fracción I del artículo 121 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, no se encuentra limitado al análisis del desempeño que haya tenido el funcionario judicial de que se trate en el periodo de seis años para el que fue designado, pues este elemento temporal sólo requiere como presupuesto para que se dé el acto de ratificación, pero de ninguna manera implica una restricción para examinar, en su caso, el desempeño que haya tenido tal funcionario en la carrera judicial, ya que ello es con la **finalidad de tener conocimiento cierto de su actuación ética y profesional que permita arribar a la conclusión de saber si continúa con la capacidad de llevar a cabo sus tareas jurisdiccionales bajo los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia, a que se refiere el artículo 100, párrafo séptimo, de la Constitución Federal.** SEMANARIO JUDICIAL. NOVENA ÉPOCA. TOMO XI. MARZO 2000, PLENO. PÁG. 94.

También, suele suceder que si alguna de las partes atribuye al tribunal ad quem responsabilidad ética, profesional que derivo improcedente la acción intentada, estos conceptos de violación resultan inoperantes, ya que si los conceptos de violación argumentados por la quejosa no contienen la esencia de la técnica jurídica y los principios básicos que rigen el juicio de garantías, y este en cambio únicamente se concreta a hacer diversas manifestaciones, relacionadas con la supuesta falta de ética profesional de los impartidores de justicia, entonces, cabe concluir que ante esa deficiencia argumentativa los conceptos de violación tan deficientemente expresados no puedan prosperar, tal es el criterio de nuestro mas alto tribunal en la siguiente tesis jurisprudencial que a la letra indica:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Agosto de 2001

Tesis: II.2o.C.61 K

Página: 1300

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. SON AQUELLOS EN LOS QUE SE PRETENDE ATRIBUIR AL TRIBUNAL AD QUEM RESPONSABILIDAD ÉTICA PROFESIONAL DERIVADA DE QUE RESULTÓ IMPROCEDENTE LA ACCIÓN INTENTADA. El código adjetivo civil adopta el principio jurídico procesal denominado dispositivo o de jurisdicción rogada, de acuerdo con el cual la dirección o el desenvolvimiento activo del proceso incumbe a las partes; de ahí que no confiera expresamente a las autoridades de instancia facultades para que en sustitución de aquéllas corrijan las deficiencias en que hubieren incurrido, menos aún tratándose de sus argumentaciones expositivas o agravios formulados en la segunda instancia, salvaguardándose de esa manera el diverso principio de igualdad procesal, y evitándose así que alguno de los contendientes pudiese quedar en estado de indefensión al no encontrarse en aptitud de defenderse y rebatir consideraciones no invocadas como fundamento de la acción, de las excepciones o de las pretensiones deducidas oportunamente en el juicio de que se trate. En esas condiciones, son ostensiblemente ineficaces por injustificadas las argumentaciones que pretendan atribuir a la resolutora de segunda instancia la responsabilidad profesional derivada de la improcedencia de una acción, atento a que dicho tribunal de alzada sólo apoya su actuación en las normas jurídicas y procesales que rigen la materia de la apelación, sin que desde luego le sean imputables las omisiones y deficiencias técnicas en que haya incurrido alguno de los contendientes, que

finalmente generaron el dictado de un fallo adverso a sus intereses. Por lo tanto, si en los conceptos de violación la parte quejosa, contrariando la esencia técnica y los principios básicos que rigen en el juicio de garantías, únicamente se concreta a hacer diversas manifestaciones genéricas y abstractas, presuntamente interrelacionadas con la supuesta falta de ética profesional de los impartidores de justicia, incluso ello en vinculación con las obligaciones que la ley le impone a éstos para la correcta resolución de los problemas jurídicos que se sometan a su conocimiento, pero sin que realizare un mínimo esfuerzo racional para poner de manifiesto ante la potestad jurisdiccional federal que realmente las inconformidades que vertió en la apelación fueren aptas e idóneas para impugnar las consideraciones torales en que se sustentó el sentido de la sentencia primigenia del Juez del conocimiento, entonces, cabe concluir que ante esa deficiencia argumentativa los conceptos de violación tan deficientemente expresados no puedan prosperar, y sin duda también resultan ineptos para que con fundamento en ellos se pudiese realizar el examen de la falta de constitucionalidad alegada.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1019/2000. Sucesión a bienes de María Jiménez Dottor. 3 de abril de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Araceli Delgado Holguín.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Octubre de 2000

Tesis: P. /J. 113/2000

Página: 18

MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS. SI AL CONCLUIR EL PERIODO POR EL QUE FUERON NOMBRADOS CONTINÚAN EN EL EJERCICIO DEL CARGO TRANSCURRIENDO EL TIEMPO NECESARIO PARA OBTENER LA INAMOVILIDAD, SIN UN DICTAMEN VALORATIVO EN EL QUE SE FUNDE Y MOTIVE LA CAUSA DE SU NO REELECCIÓN, DEBE ENTENDERSE QUE ADEMÁS DE HABER SIDO REELECTOS TÁCITAMENTE, ALCANZARON ESA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La interpretación genético-teleológica de lo dispuesto en el citado precepto constitucional revela la preocupación del Poder Revisor de la Constitución de fortalecer la independencia del Poder Judicial de los Estados y de establecer la inamovilidad de los Magistrados

como un mecanismo para lograrla. De lo anterior se sigue que, al interpretarse el precepto fundamental señalado, debe buscarse salvaguardar el valor de la independencia judicial por lo que si se está ante la situación anormal de que al concluirse el periodo por el que fue nombrado un Magistrado, continúa en el ejercicio del cargo por el tiempo necesario para alcanzar la inamovilidad, sin que se llegue a emitir un dictamen valorativo que funde y motive la causa para no reelegirlo, debe entenderse que, además de haber sido reelecto tácitamente, alcanzó la inamovilidad, dado que esta calidad no puede quedar sujeta al arbitrio de otros órganos del poder local en detrimento de la independencia de la judicatura, puesto que a través de ese mecanismo podría mantenerse, incluso permanentemente, a todos los integrantes del Poder Judicial, en una situación de incertidumbre en relación con la estabilidad en su puesto lo que, necesariamente, disminuiría o aniquilaría la independencia de los Magistrados, respecto de los integrantes de los otros poderes y se atentaría contra el principio de la carrera judicial que tiende a garantizar la administración pronta, completa e imparcial que establece el artículo 17 de la Constitución Federal, a través de Magistrados independientes, autónomos y con excelencia ética y profesional.

Amparo en revisión 2021/99. José de Jesús Rentería Núñez. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2083/99. Yolanda Macías García. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2130/99. Jorge Magaña Tejeda. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2185/99. Enrique de Jesús Ocón Heredia. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2195/99. Carlos Alberto Macías Becerril. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 113/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Octubre de 2000

Tesis: P. /J. 104/2000

Página: 16

MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS. ANTES DE CONCLUIR EL PERIODO POR EL QUE FUERON NOMBRADOS, DEBE EMITIRSE UN DICTAMEN DE EVALUACIÓN POR EL ÓRGANO U ÓRGANOS COMPETENTES EN EL QUE SE PRECISEN LAS CAUSAS POR LAS QUE SE CONSIDERA QUE DEBEN O NO SER REELECTOS. La interpretación jurídica del artículo 116, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la que deben sujetarse las Constituciones Locales y las leyes secundarias, obliga a establecer que para salvaguardar los principios de excelencia, profesionalismo, independencia y carrera de los Poderes Judiciales de las entidades federativas, antes de concluir el periodo por el que fueron nombrados los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y con la debida anticipación que garantice la continuidad en el funcionamiento normal del órgano al que se encuentren adscritos, debe emitirse un dictamen de evaluación, debidamente fundado y motivado, en el cual se refleje el conocimiento cierto de la actuación ética y profesional de los juzgadores y permita arribar a la conclusión de si deben o no continuar llevando a cabo las altas labores jurisdiccionales que les fueron encomendadas y, en el último supuesto, si es el caso de nombrar a un nuevo Magistrado que los deba sustituir.

Amparo en revisión 783/99. Daniel Dávila García. 24 de enero de 2000. Once votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Jorge Carreón Hurtado.

Amparo en revisión 234/99. Irene Ruedas Sotelo. 24 de enero de 2000. Once votos. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero.

Amparo en revisión 2021/99. José de Jesús Rentería Núñez. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2083/99. Yolanda Macías García. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2130/99. Jorge Magaña Tejeda. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintiocho de septiembre en curso, aprobó, con el número 104/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de septiembre de dos mil.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Octubre de 2000

Tesis: P./J. 103/2000

Página: 11

MAGISTRADOS DE LOS PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. BASES A LAS QUE SE ENCUENTRA SUJETO EL PRINCIPIO DE RATIFICACIÓN DE AQUÉLLOS CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La posibilidad de ratificación de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados consagrada en el artículo 116, fracción III, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal, como condición para obtener la inamovilidad judicial, debe entenderse referida a la actuación del funcionario judicial y no así a la sola voluntad del órgano u órganos a los que las Constituciones Locales otorgan la atribución de decidir sobre tal ratificación, en tanto este principio ha sido establecido como una de las formas de garantizar la independencia y autonomía judicial, no sólo como un derecho de tales servidores públicos sino, principalmente, como una garantía de la sociedad de contar con servidores idóneos que aseguren una impartición de justicia pronta, completa e imparcial en los términos señalados en el artículo 17 constitucional. En consecuencia, tal posibilidad se encuentra sujeta a lo siguiente: 1) A la premisa básica de que el cargo de Magistrado no concluye por el solo transcurso del tiempo previsto en las Constituciones Locales para la duración del mismo; 2) A la condición relativa de que el funcionario judicial de que se trate haya cumplido el plazo del cargo establecido en las Constituciones Locales; y 3) A un acto administrativo de orden público de evaluación de la actuación de los Magistrados, que se concreta en la emisión de dictámenes escritos en los

que se precisen las causas por las que se considera que aquéllos deben o no ser ratificados, antes de que concluya el periodo de duración del cargo, para no afectar la continuidad en el funcionamiento normal del órgano jurisdiccional y, preferentemente, aplicando reglas fijadas de antemano y que sean del conocimiento público para garantizar que la calificación realizada atienda a criterios objetivos, lo que implica un examen minucioso del desempeño que se haya tenido y, por tanto, un seguimiento de la actuación del Magistrado relativo que conste en el expediente que haya sido abierto con su designación y que se encuentre apoyado con pruebas que permitan constatar la correcta evaluación de su desempeño en la carrera judicial y su comprobación mediante los medios idóneos para ello, como puede serlo la consulta popular, en tanto los requisitos exigidos para la designación, como son la buena reputación y la buena fama en el concepto público tienen plena vigencia para el acto de ratificación y significa la exigencia de que el dictamen que concluya con la ratificación, debe basarse no sólo en la ausencia de conductas negativas por parte del funcionario judicial cuya actuación se evalúe, sino en la alta capacidad y honorabilidad que lo califiquen como la persona de excelencia para seguir ocupando el cargo, dictamen que debe ser emitido siempre, ya sea que se concluya en la ratificación o no del Magistrado, ante el interés de la sociedad de conocer a ciencia cierta, por conducto del órgano u órganos correspondientes, la actuación ética y profesional de los funcionarios judiciales relativos.

Amparo en revisión 2021/99. José de Jesús Rentería Núñez. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2083/99. Yolanda Macías García. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2130/99. Jorge Magaña Tejeda. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2185/99. Enrique de Jesús Ocón Heredia. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 2195/99. Carlos Alberto Macías Becerril. 11 de septiembre de 2000. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juventino V.

Castro y Castro y Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón.
Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintiocho de septiembre en curso, aprobó, con el número 103/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de septiembre de dos mil.

Novena Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: X, Noviembre de 1999
Tesis: P. LXXII/99
Página: 42

MAGISTRADOS DE CIRCUITO Y JUECES DE DISTRITO. EL PROCEDIMIENTO PARA SU RATIFICACIÓN TIENDE A LA SATISFACCIÓN DE UNA NECESIDAD COLECTIVA. El procedimiento de ratificación de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito a que se refiere el artículo 97 de la Constitución Federal, no responde sólo a la necesidad de vigilar que la conducta desarrollada por éstos se apegue a las normas que rigen su actuación y, en caso contrario, se apliquen los correctivos procedentes, sino que tiende a la satisfacción de una necesidad colectiva, consistente en garantizar un derecho subjetivo público de los gobernados a través del análisis de la conducta desarrollada por los juzgadores federales en el periodo para el que fueron nombrados, lo que permite decidir si tienen o no la capacidad para continuar desempeñando la labor jurisdiccional, bajo los principios que establece la Constitución, a través de los dictámenes que el Consejo de la Judicatura Federal emita, en los que se contenga un análisis detallado de los hechos relevantes de su desempeño y el conocimiento cierto de su actuación ética profesional.

Revisión administrativa (Consejo) 11/97. 2 de julio de 1998. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Impedimento legal: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Roberto Lara Hernández.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Novena Época
Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: VII, Abril de 1998
Tesis: P. XXX/98
Página: 121

MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS. SI AL CONCLUIR EL PERIODO POR EL QUE FUERON NOMBRADOS NO SE DESIGNA EN SU LUGAR A OTRO Y TRANSCURRE EL PERIODO NECESARIO PARA ALCANZAR LA INAMOVILIDAD, SIN UN DICTAMEN VALORATIVO EN EL QUE SE FUNDE Y MOTIVE LA CAUSA DE SU NO REELECCIÓN, DEBE ENTENDERSE QUE ADEMÁS DE HABER SIDO REELECTOS TÁCITAMENTE, ALCANZARON ESA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La interpretación genético-teleológica de la fracción III del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos revela la preocupación del Poder Revisor de la Constitución de fortalecer la independencia del Poder Judicial de los Estados y de establecer la inamovilidad de los Magistrados como un mecanismo para lograrla. De lo anterior se sigue que, al interpretarse el precepto anteriormente señalado, debe buscarse salvaguardar el valor de la independencia judicial por lo que si se está ante la situación anormal de que al concluirse el periodo por el que fue nombrado un Magistrado, sin que se haya designado uno nuevo que lo sustituya, continúa en el ejercicio del cargo por el tiempo necesario para alcanzar la inamovilidad, sin que se llegue a emitir un dictamen valorativo que funde y motive la causa para no reelegirlo, debe entenderse que, además de haber sido reelecto tácitamente, alcanzó la inamovilidad, dado que esta calidad no puede quedar sujeta al arbitrio de otros órganos del Poder Local en detrimento de la independencia de la judicatura, puesto que a través de ese mecanismo podría mantenerse, incluso permanentemente, a todos los integrantes del Poder Judicial, en una situación de incertidumbre en relación con la estabilidad en su puesto lo que, necesariamente, disminuiría o aniquilaría la independencia de los Magistrados, respecto de los integrantes de los otros poderes y se atentaría contra el principio de la carrera judicial que tiende a garantizar la administración pronta, completa e imparcial que establece el artículo 17 de la Constitución, a través de Magistrados independientes, autónomos y con excelencia ética y profesional.

Amparo en revisión 2639/96. Fernando Arreola Vega. 27 de enero de 1998. Unanimidad de nueve votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de seis votos en cuanto a las consideraciones y los efectos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios.

Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintitrés de marzo en curso, aprobó, con el número XXX/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

CAPÍTULO SEGUNDO
ANTECEDENTES DE LA PRUEBA

2.1 ROMA.

En la historia de Roma nos encontramos con tres etapas históricas: la Monarquía, la República y el Imperio.

La monarquía es una etapa considerada como primitiva durante la cual Roma es una pequeña ciudad de fuertes pastores y duros labradores y a la vez indomables guerreros. Resistió primero enérgicamente y atacó después con implacable tenacidad a los pueblos comarcanos hasta someterlos a su poder e incorporarlos a su organización.

Esta labor de defensa de la propia existencia y de dominio de la comarca en que se hallaba situada, la realizó inicialmente el legendario Rómulo, fundador de la ciudad, según la tradición la cual se encuentra sostenida por otros seis reyes; Numa, Pompilio, organizador de la religión; Tulo Hostilio, vencedor de los latinos; Anco Manio, fundador del puerto de Ostia y efectivo gobernante; Tarquino el Antiguo, entregado, integrado de los elementos romano – latino y etrusco, que formaban el grueso de la población; Servio Tulio, que dio leyes favorables al pueblo y Tarquino el Soberbio que fue derrotado por querer instaurar la tiranía.

La República, en cuyo régimen se inicia una gran expansión que aproximadamente en dos siglos y medio la hizo dueña de Italia convirtiéndose así en una ciudad populosa.

El imperio, etapa en la cual Roma aumentó su poder de tal modo que se apoderó de Grecia, África, España, Asia Menor, Francia, Inglaterra y parte de Europa Central, de tal modo que dominaba todo el mundo conocido.

Es durante estas etapas históricas cuando surgen las bases fundamentales de nuestro régimen jurídico privado, a ello se debe que varios juristas consideren a

Roma como la madre de la ciudadanía y el derecho, pues es el precedente mas importante que elevara la ley a la categoría de institución suprema.

Roma, se encontraba formado por las disposiciones jurídicas y el sistema legal desarrollado desde la primera compilación de leyes, conocida como la Ley de las Doce Tablas, en el año 450 a.C., hasta la muerte de Justiniano I, soberano del Imperio bizantino, en el año 565 d.C. De forma concreta, a esta etapa, se utiliza para designar la compilación de la ley conocida como *Corpus Iuris Civilis*, también llamado Código de Justiniano, realizado bajo los auspicios del mismo y que fue la base del Derecho Civil de muchas naciones europeas continentales.

Antes de las XII Tablas, el Derecho en Roma tenía un carácter religioso y su interpretación la realizaban sacerdotes que eran miembros de la clase patricia. Las protestas y agitaciones de la clase plebeya condujeron a que la ley consuetudinaria existente se escribiera añadiendo algunos principios que no formaban parte de la costumbre. La Ley de las Doce Tablas, tras ser escrita, fue sometida a una asamblea popular y aceptada. Este Código contiene reglas simples, ajustadas a una comunidad agrícola, establece la igualdad ante la ley de los patricios y los plebeyos y fue erigido en la fuente de todo el Derecho Público y Privado romano. El sistema legal instaurado por este Código y el conjunto de reglas que se desarrollaron a su alrededor era aplicado en exclusiva a los ciudadanos romanos y se conocía como el *ius civile*.

La expansión territorial por la cuenca mediterránea obligó a los romanos a elaborar un sistema legal nuevo. Cada territorio conquistado contaba con su propio sistema, por lo que se requería un cuerpo de leyes que fuese aplicable tanto a los ciudadanos romanos como al resto. Más o menos entre el 367 a.C. y el 137 d.C. este nuevo sistema se desarrolló a partir de los edictos del pretor, que definía e interpretaba la ley para los casos particulares. El pretor de los extranjeros administraba justicia en Roma, en todas las controversias donde alguna de las partes no era un ciudadano romano, y el pretor provincial establecía sus edictos

en materias de interés comercial tras los edictos del pretor de los extranjeros de Roma.

Durante los últimos años de la República de Roma las reglas de este nuevo sistema solían aplicarse a los conflictos entre ciudadanos romanos. Este nuevo sistema legal se conocía como el *ius gentium*. La ampliación de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio romano hizo que la distinción entre *ius civile* y *ius gentium* quedara obsoleta y la ley de la ciudad, o *ius civile* de Roma, se convirtiera en la ley de todo el imperio. Las diversidades provinciales fueron eliminadas por la legislación del Senado y del emperador y por la interpretación de los jurisconsultos. El hito más importante en el desarrollo del sistema romano en este periodo es el Derecho, concedido por el primer emperador romano Augusto y sus sucesores a algunos eminentes juristas, de elaborar responsa, u opiniones, en los casos que se presentaban en un proceso ante los tribunales. Entre los más famosos juristas romanos de esta época estaban Gayo, Papiniano, Julio Paulo y Ulpiano. Los tres últimos citados desempeñaron el cargo de *praefectus praetoria*, similar a un ministro de justicia del Imperio romano.

En el ámbito del derecho procesal, es derivable que durante las dos primeras etapas históricas de Roma fuera aplicable el *ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM*, que se sostiene en un orden judicial privado, en el que se contemplan aspectos significativos de tendencia auto compositiva y concretamente la transacción.

Durante el imperio, cobra vigencia el *ORDO IUDICIORUM PUBLICORUM* que no es otra cosa que el orden judicial publico, que posee las características fundamentales de los procesos jurisdiccionales actuales.

En el *ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM*, las partes acudían primero ante un Magistrado, funcionario publico, y ante él exponían sus pretensiones.

Este Magistrado también llamado por algunos autores como pretor, no resolvía el conflicto, sino que inicialmente expedía una formula y las partes llevaban esta formula ante un juez privado que era quien resolvía.

La similitud que guarda el *ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM*, y la reforma realizada al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el año de 1996, en el artículo 271-G del mencionado ordenamiento legal, decía: “una vez contestada la demanda, declarada la rebeldía o contestada la reconvenición el juez señalaba de inmediato, fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda, con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el termino de tres días.

Si una de las partes no concurriese sin causa justificada, el juez sancionara con multa hasta por los montos establecidos en la fracción II de este código. Si dejaran de concurrir ambas partes, sin justificación, el juzgado sancionaría de igual manera...

En ambos casos el juez se limitara a examinar las cuestiones relativas a la depuración del juicio.

Si existieran las dos partes, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá A PROCURAR LA CONCILIACION QUE ESTARA A CARGO DEL CONCILIADOR adscrito al juzgado EL CONCILIADOR PREPARARA Y PROPONDRA A LAS PARTES ALTERNATIVAS DE SOLUCION DEL LITIGIO...”

Es claro que el *ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM* tiene mucha semejanza al procedimiento civil, pues una característica fundamental de esta es la etapa conciliatoria. Desde luego el *ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM*,

presenta vestigios preponderantes de auto composición y se asemeja todavía más al antes citado procedimiento civil.

Por otra parte, en el *ORDO IUDICIORUM PUBLICORUM* las partes acuden ante un magistrado, pero ya el proceso no contempla las dos etapas del *PRIVATORUM*, sino que en ellas se ha unificado para desenvolverse ante un solo funcionario. Aquí en el orden judicial público, las acciones de los litigantes se presentan ante el juez, magistrado, funcionario público, pero este ya no expide una fórmula, sino que toma nota de la posición de cada parte, conduce el proceso a través de sus anteriores pasos, y finalmente dicta su resolución.

En relación a la carga de la prueba en el derecho Romano donde encontramos el principio fundamental que ha trascendido hasta nuestros días, ha este respecto nos dice el profesor Eugene Petit, que en Roma “Cuando las partes comparecen el día señalado, los debates se entablan regularmente, y consisten en los informes de los Abogados, *CAUSA PERORATIO*, y en el examen de las pruebas que cada uno pretende hacer en apoyo de sus alegaciones.

En principio, quien afirma en beneficio la existencia de un derecho o de un hecho es el que está obligado a presentar las pruebas. Por lo tanto el actor debe siempre justificar su pretensión, pues de no ser así, queda absuelto el demandado.

Por su parte el demandado no tiene que hacer prueba directa, su papel se limita a combatir las presentadas por el demandante, pero si opone sus excepciones la demanda se debe en cambio probar los hechos sobre los cuales se apoya este modo de defensa.”¹

¹ PETIT Eugene. “*Tratado Elemental del Derecho Romano*”.- Ed. Epoca, S.A. traducido de la Novena Edición Francesa, México.

No cabe duda que éste es un principio fundamental, en materia de carga de la prueba ha trascendido a nuestro derecho privado vigente, en la formula de “quien afirma los hechos tiene que probarlos”, tal y como sucede en el riguroso y formal derecho procesal civil aplicable y vigente en el Distrito Federal.

Ahora bien, es importante para el sustentante exponer los medios de prueba aplicados en el Derecho Romano, nos dice el maestro Eugene Petit, que “los medios de prueba consisten:

- a) En escritos INSTRUMENTAL, tales como el escrito que comprueba una estipulación, el *aracaidum nomen*;
- b) En testigos TESTES, se aprecian estos y no según el número, sino según el valor de los testimonio.
- c) En el juramento *JUS JURANDUM IN JUDICIO*, el juez puede pedirle de oficio a una de las partes. Este juramento aclara la cuestión.”.²

De lo anterior podemos darnos cuenta que la legislación procesal vigente continuó manteniendo estos medios de prueba, con algunas modificaciones.

2.1.1 COMPILACIÓN LEGAL

En el siglo III d.C. los decretos promulgados por los emperadores fueron adquiriendo importancia en el sistema legal romano. La primera compilación de estas leyes imperiales, el *Codex Theodosianus*, fue publicado por Teodosio II, soberano del Imperio bizantino, en el 438 d.C. Teodosio estudió la propuesta, que no llevó a cabo, de realizar una obra más ambiciosa, que incluyera un sumario oficial de la ley antigua como inicio de la literatura jurídica. Más tarde, Justiniano I

² ID.

nombró un comité de diez juristas, siendo el más famoso Triboniano, para hacer esta compilación. Los libros de leyes publicados por Justiniano eran conocidos como el *Corpus Iuris Civilis* y comprendían los siguientes: *Institutiones* (533), *Digesta o Pandecta* (533), *Codex Constitutionum* (528-529 y revisado en el 534) y *Novellae* (534-565).

Las *Institutiones* de Justiniano señalaban los elementos del Derecho romano y estaban basadas en las *Institutiones* de Gayo. Al principio se destinaban a los estudiantes de leyes, pero al cabo de unos años se publicaron con fuerza de ley. El *Digesta o Pandecta*, compuesto a partir de extractos de la literatura jurídica de cuatro siglos (entre el 30 a.C. y el 300 d.C.), era una colección de decisiones de los tribunales con comentarios de varias leyes. El *Novellae* era una colección de las leyes promulgadas por Justiniano y sus sucesores. El *Codex Constitutionum* revisado era una compilación de la legislación imperial hasta el 534 d.C.

Los libros de leyes de Justiniano estuvieron en vigor en el Imperio bizantino hasta el final del siglo IX, momento en el que fueron condensados en un solo libro, escrito en griego, y conocido como *Basilica*. Este código continuó en vigor, al menos en teoría, hasta la conquista de Constantinopla por el Imperio otomano en 1453. En la Europa occidental, la principal fuente del Derecho romano entre los siglos VI y XI fue el *Breviario de Alarico*, realizado por el rey visigodo Alarico II en el 506 d.C. En el siglo XI los libros de Justiniano eran estudiados y utilizados en Lombardía (sur de Francia y norte de Italia) y en Cataluña (España). En Italia, las leyes de Justiniano se divulgaban en la Escuela de Derecho de Pavía. A principios del siglo XII se emprendió un estudio más minucioso de estos textos en Bolonia. La difusión sistemática del Derecho romano se propagó desde Italia al resto de Europa a partir del siglo XII. Con el renacimiento del comercio en Europa y debido a la imposibilidad del Derecho medieval de satisfacer las necesidades de los

cambios de las condiciones económicas y sociales, el Derecho romano se incorporó a los sistemas legales de muchos países de la Europa continental.³

2.2.- FRANCIA.

2.2.1 EL CODIGO CIVIL FRANCES 1804-1805.

Una condición histórica para el establecimiento del capitalismo fue:

La Revolución Francesa culminó con la victoria del capitalismo sobre el régimen feudal y con el ascenso al poder de la llamada clase burguesa, ésta encabezó la lucha popular en contra del despotismo divino de los reyes y del atrasado sistema de explotación de la tierra en manos de la nobleza, ya que era gran obstáculo para sus aspiraciones políticas y económicas.

La filosofía liberal, que había sido durante largo tiempo su arma de combate contra el antiguo orden feudal, era ahora producto de la tenacidad revolucionaria. Los principios teóricos de la ilustración tales como los derechos del hombre, la libertad de conciencia, la propiedad privada y la educación laica, serían puestos en práctica contribuyendo al crecimiento del nuevo estado.

Al analizar la Revolución Francesa, ERICK HOBSBAWN nos da las razones de esta caracterización.

“Francia fue la primera que se despojó del manto religioso para dar batalla en el campo político abierto, fue también la primera que llevó la batalla hasta la destrucción de uno de los combatientes, la aristocracia y el triunfo completo del otro, la burguesía.

³ DERECHO ROMANO." *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation

La Revolución Francesa, además rompió con las tradiciones del pasado, barriendo con los vestigios del feudalismo.

La destrucción de la Monarquía, la instauración de la República, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, así como del Código Civil Napoleónico, serían los logros fundamentales de este movimiento histórico”.⁴

Con la Revolución Francesa, concurrieron dos factores importantes para el afianzamiento del nuevo sistema, uno económico, el liberalismo y el otro filosófico, el individualismo.

El liberalismo económico, propone la libertad económica, es decir, la no intervención estatal en la economía pugna por la libertad de la industria y por la destrucción de la barrera que se oponía a su desarrollo (Estado Gendarme).

De ahí, la frase que aun que era de la escuela fisiocrática esta doctrina popularizó:

“LAISSE R -FAIRE LAISSER-PASSE . - (Dejar hacer, dejar pasar)

Había según esta mano invisible que tendía a equilibrar todo el Sistema Económico, rompiendo con la tradición dejó de considerar esa “igualdad de las partes del proceso”, al contemplar una figura jurídica permitía al trabajador relevado de la carga de la prueba en los accidentes de trabajo, concretamente en el artículo 1595 de ese código disponía:

“también habrá lugar a la responsabilidad civil por los daños que causen los establecimientos industriales, ya que en razón que el peso y movimiento de las máquinas, y en razón de las exhalaciones...”.

⁴ HOBBSBAUN, Erick. “*Las revoluciones burguesas*”. Ediciones Quinto Sol, S.A. 1ª Edición. México, 1982.

No cabe duda que esta disposición es un antecedente importante para relevar al trabajador de la carga de la prueba en los accidentes de trabajo, basta recordar que en aquel entonces no existía un código o Ley laboral que protegiera los derechos de la clase trabajadora, de igual importancia resulta para el Derecho Civil, pues se trata de la figura jurídica que actualmente conocemos como responsabilidad objetiva por riesgo creado la cual según el autor Bejarano Sánchez: “consiste en afirmar que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños, los demás deben responder de la reparación de los que produzca dicho objeto por un solo aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aun que no viole ninguna disposición normativa”.⁵

Quise contemplar este aspecto de la responsabilidad objetiva por riesgo creado como un antecedente de la carga de la prueba en materia laboral, pues como puede observarse, se trata de una figura jurídica que rompió con los viejos moldes tradicionales de la “IGUALDAD JURIDICA DE LAS PARTES EN EL PROCESO”.

2.2.2 CÓDIGO DE NAPOLEÓN

Código de Napoleón, denominación oficial que en 1807 se dio al hasta entonces llamado Código Civil de los franceses, aprobado por la Ley de 24 de marzo de 1804 y todavía en vigor, aunque con numerosas e importantes reformas. Los primeros intentos de codificación se deben a la Asamblea Constituyente de 1790, formada durante la Revolución Francesa, que acordó la creación de un código de leyes civiles comunes a todo el reino, que estuviera redactado de forma simple y clara y conforme al espíritu de la Constitución. El primer proyecto se hizo durante la Convención, al que siguieron otros con un progresivo debilitamiento de

⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. “*Obligaciones Civiles.*” Ed. Textos jurídicos Universitarios. Primera Edición. México 1981. p 234

los principios revolucionarios. Sin embargo, el auténtico paso hacia adelante tuvo lugar cuando se encomendó la codificación al primer cónsul Napoleón Bonaparte. Se realizaron diversos proyectos particulares en los que llegó a participar de forma activa mostrando su gran tesón, energía y sentido jurídico. Este proceso culminó con el nombramiento en 1800 de una comisión que había de redactar el proyecto definitivo, formada por los eminentes jurisconsultos Portalis, Tronchet, Bigot du Preameneu y Malleville. Así, en poco tiempo se venció la resistencia que ofrecía el Tribunado, llegándose a discutir, aprobar y concentrar en una sola ley los últimos 36 proyectos de ley en un solo año.

El Código de Napoleón está construido sobre el llamado plan romano-francés y, por lo tanto, dividido en tres libros: el primero se dedica al derecho de la persona y sus relaciones familiares (salvo las económicas existentes entre los cónyuges); el segundo a los derechos sobre las cosas y las diferentes modificaciones de la propiedad, y el tercero y último, bajo el título “de los diferentes modos de adquirir la propiedad”, estudia por este orden la herencia, el contrato y las demás fuentes de la obligación (entre las que se encuentran las relaciones económicas entre cónyuges, contempladas como contrato de matrimonio) y algunos otros temas aislados. Esta sistemática es la que ha seguido el Código Civil español y numerosos códigos americanos por influencia directa del francés.

El Código de Napoleón es digno de elogio por numerosas razones: está redactado en un lenguaje claro, sencillo, conciso y de gran valor literario; consigue aunar todos los materiales tradicionales con numerosas ideas de la Revolución, armonizando los factores romanistas con la poderosa influencia del Derecho consuetudinario de inspiración germánica por un lado, y por otro, expresando las consecuencias de la soberanía popular conquistada entonces, a través de las ideas individualistas y la preocupación por la tutela de las libertades personales contra un posible retorno al Antiguo Régimen. Se trata de un código de gran precisión técnica en el plano jurídico, que satisface todas las necesidades de la

clase burguesa ascendente y de una sociedad en vías de desarrollo bajo un signo liberal y capitalista.

La difusión del Código Civil francés fue extraordinaria, imponiéndose en diversos territorios europeos durante las Guerras Napoleónicas y se aceptó en Bélgica, donde todavía sigue vigente. Influyó en todas las codificaciones del siglo XIX, en particular en el Código Civil italiano de 1865, en el español de 1889 a través del proyecto nonato de Florentino García Goyena de 1851, y se halla en la base de diversos códigos civiles sudamericanos, destacando el argentino de 1869 (obra de Dalmacio Vélez Sársfield) y el de Chile (obra de Andrés Bello en 1858), del que de hecho fueron copiados los de Ecuador (1861) y Colombia (1873).⁶

2.3.- EL PROCESO EN MÉXICO.

La acción está formada por un derecho de la naturaleza civil y por otro de orden público, el primero consiste en el cumplimiento de la obligación que tiene el deudor y el segundo otorga a las partes el derecho de acudir a un Tribunal a exigir la impartición de justicia haciéndose efectivo el derecho que las partes interesadas tienen. Este derecho lo ejerce el interesado frente al estado para que éste a través de sus órganos y de conformidad con las leyes del procedimiento intervengan de acuerdo con el artículo 17 Constitucional, mismo que previene que nadie podrá hacerse justicia por sí mismo, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, pues los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los términos y plazos que fije la Ley. El Estado asume la obligación de impartir justicia por medio de sus órganos jurisdiccional. Esta obligación debe satisfacerse gratuitamente, en forma pronta y expedita.⁷

⁶ "CÓDIGO DE NAPOLEÓN." *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

⁷ PÉREZ PALMA, Rafael "Guía de Derecho Procesal Civil". p.4

El proceso es un instrumento estatal para solucionar conflictos, por lo tanto todo proceso tiene como antecedente y contenido un litigio. Igualmente, todo proceso se desenvuelve a través de una serie de actos y hechos procesales, los cuales tienen una realización formal, especial y temporal, y que constituyen el procedimiento.

Tomás Cantú⁸ al referirse al derecho de acción, afirma que todo proceso tiene por objeto llegar a una sentencia que resuelva el conflicto, la cual es susceptible de ser realizada coactivamente, en caso de no ser cumplida voluntariamente por la parte condenada. Así, litigio, procedimiento, sentencia y eventualmente ejecución se manifiestan en todo tipo de proceso.

Los procesos pueden clasificarse de la siguiente manera:

Principio dispositivo.	Proceso civil Proceso mercantil
Principio de justicia social	Proceso laboral Proceso agrario
Principio publicístico	Proceso penal Proceso administrativo. Proceso constitucional Proceso familiar y del estado civil.

En la época colonial estuvo vigente la Ley de Indias, en los 300 años de su vigencia nunca fue aplicada, a partir del momento en que Antonio de Mendoza, primer virrey de la Colonia, al conocerla dijo: “Obsérvese pero no se cumpla”.

⁸ CANTÚ LÓPEZ, Tomás. *“Teoría del Derecho”*. p. 83

En el mismo orden de ideas, es de señalarse lo siguiente:

”Rigen en México nada menos que veintinueve códigos procesales distintos para cada una de las dos principales ramas de enjuiciamiento, es decir, la civil y la penal. A ellas hay que añadir las correspondientes leyes de organización judicial y del ministerio público, federales y locales... la ley de amparo y los textos procesales civiles.”⁹

2.4.- EL PROCESO CIVIL EN MEXICO.

En lo referente al proceso y procedimiento en el derecho azteca, éste era oral, levantándose al efecto un protocolo mediante jeroglíficos. Las principales sentencias fueron registradas en pictografía y luego registradas en archivos. El proceso no podía durar más de 80 días y los tepantlatonís, que en el intervenían correspondían, grosso modo, al actual abogado de acuerdo con Veytia

José Luis Soberanes Fernández, asegura que durante la primera mitad del siglo XIX se dieron una serie de leyes para el arreglo de la administración de justicia en el país, las cuales eran un mezcla de disposiciones orgánicas para los diversos tribunales del país, así como normas adjetivas; dentro de esta destaca la Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia de los Tribunales y Juzgados del Fuero Común del 23 de mayo de 1837, la ley para el Arreglo de la Administración de Justicia, antes referida, del 16 de diciembre de 1853, la Ley que Arregla los procedimientos Judiciales en los Tribunales y Juzgados de Distrito y Territorios, del 4 de mayo de 1857, expedida por Comonfort en uso de las facultades que le otorgaba el plan de ayutla y finalmente, la ley para el Arreglo de la administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, esta muy poco conocida, decretada de manera ilegítima por Félix Zuloaga en 1858.

⁹ ALCALA-ZAMORA y Castillo, Niceto. “*Síntesis del Derecho Procesal. Panorama de Derecho*”. UNAM. 1966 p.10.

La ley de 1853 realmente represento la primera ley procesal propiamente dicha

En 1870 se expidió el primer Código para el Distrito Federal y Territorios de Baja California y en 1872 se expidió su correspondiente Código de Procedimientos Civiles, mismo que entro en vigor el día 15 de septiembre del mismo año.

“Sin embargo, con relación al Código de Procedimientos de 1872, encontramos una obra doctrinal, que es mucho mas que su exposición de motivos, nos referimos al Tratado Elemental de Procedimientos en el ramo Civil, de Pablo Zayas, el cual es tan importante para entender ese cuerpo legal que ambos van identificablemente unidos”.

Se encontraron, en la práctica judicial, numerosas fallas del Código anteriormente mencionado y este tuvo que ser derogado por el del 15 de septiembre de 1880 que aprobó al anterior, más sin embargo, no representó más que una serie de reformas, aclaraciones, supresiones y adiciones que no cambiaron su esencia.

En 1884 se promulgó un nuevo Código Civil por lo que fue necesario establecer un nuevo Código de Procedimientos Civiles para tal ordenamiento, siendo expedido el del 15 de mayo de 1884, que tuvo vigencia hasta 1932 y que hasta el día de hoy es el que rige nuestra Ciudad.

CAPÍTULO TERCERO
MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

3.1- El proceso

El derecho procesal es el estudio de la serie transitoria de instancias bilaterales progresivamente graduadas por el acto imparcial de la jurisdicción.¹

El proceso es un conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del juez competente.

El Proceso, es la institución jurídica, regulada por el Derecho procesal, mediante la cual los órganos a los que el Estado tiene encomendada la función jurisdiccional resuelven los diferentes conflictos de intereses relevantes en el plano jurídico que se producen en cualquier forma de convivencia humana. El propio carácter social de la persona lleva consigo la existencia de una conflictividad entre los miembros de la sociedad que debe ser regulada por el Derecho. Cuando las personas que han generado el conflicto no lo resuelven de forma voluntaria (a través de un arreglo amistoso o transacción, o por medio del sometimiento al arbitraje), se hace necesaria su regulación coactiva que se lleva a cabo a través del proceso, al que también se denomina pleito, litigio, juicio o lite.²

La palabra proceso es sinónimo de juicio.³

Calos Arellano García señala que “en el proceso jurisdiccional la finalidad que relaciona los diversos actos es la solución de una controversia entre partes que pretenden, exposiciones antagónicas, que se les resuelva favorablemente a sus respectivas reclamaciones, deducidas ante un órgano que ejerce facultades jurisdiccionales.

¹ BRISEÑO SIERRA, Humberto “*Derecho procesal*”. Harla, México, 1995. p. 42

² "PROCESO." *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

³ DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. “*Diccionario de derecho*”. Proceso p.420

A su vez, el desempeño de las facultades jurisdiccionales entraña una aptitud legal para aplicar la norma jurídica general, abstracta e impersonal, a situaciones concretas en controversia, para determinar quien tiene la razón total o parcial, entre las partes que han deducido sus pretensiones ante el órgano estatal facultado para resolver el litigio”.⁴

El proceso es, por su propia naturaleza, enteramente dinámico. El órgano jurisdiccional y quienes acuden ante el, desarrollan una actuación preliminar al dictado de un fallo con el objetivo antes indicado de resolver la controversia planteada. Proceso se denomina al conjunto de todos estos actos.

“Por proceso jurisdiccional se entiende el cúmulo de actos regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano del Estado, con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas.”⁵

De acuerdo con la definición anterior, proporcionada por el maestro Carlos Arellano García, los elementos del concepto propuesto son los siguientes:

- a) un cúmulo de actos.

Que viene a ser la característica de esencia en el proceso la existencia plural de la conducta atribuible a personas físicas o morales desplegada en el desarrollo del proceso. No se trata de un solo acto de un sujeto, sino una serie de actos, de hechos jurídicos, de actos jurídicos imputables a los sujetos que han de actuar en el proceso. Luego entonces el proceso esta integrado por múltiples actos de personas jurídicas físicas y morales.

⁴ ARELLANO GARCÍA Carlos, “*Teoría general del proceso*”. Editorial porrúa, México, 1998. p.3

⁵ Idem. P.7

b) regulados normativamente

Para que exista un orden lógico jurídico previamente establecido, el legislador ha previsto en forma general e impersonal, abstractamente, actos del juez y demás sujetos intervinientes en el proceso y ha fijado normas orientadoras a seguirse para ventilar las controversias que pudieran suscitarse en el ámbito social. En consecuencia, en el proceso existen normas jurídicas que regulan la conducta de quienes intervienen con motivo del desempeño de la función jurisdiccional.

c) Actos del juez y demás sujetos que intervienen ante un órgano del Estado.

En el proceso, la conducta que se regula es de personas jurídicas, físicas o morales, pues, los actos que en el proceso se realizan unos son del juez o juzgador y otros son de las partes que han deducido pretensiones ante el con la finalidad de que el juez diga el derecho respecto de ellas. Pueden en el proceso intervenir otros sujetos como auxiliares de la administración de justicia, tales como los testigos, peritos, como tercero deduciendo derechos propios.

d) Ante un órgano del estado con facultades jurisdiccionales.

Dentro de este rubro se deben englobar a órganos del poder Ejecutivo o del legislativo que formalmente desempeñan tareas administrativas o legislativas. Pero, que desde el punto de vista material, también pueden tener encomendadas tareas jurisdiccionales. Las facultades jurisdiccionales consistirán en poder aplicar la norma jurídica a la situación concreta controvertida.

a) Aplicación de las normas jurídicas.

Es preciso señalar que se pueden emplear normas jurídicas generales y normas jurídicas individualizadas.

b) Solución de la controversia o controversias planteadas.

Es fin último del proceso la solución de la controversia ó controversias planteadas.

Con referencia a los sujetos del proceso el tratadista Eduardo Pallares dice:

1.- son sujetos de proceso las personas jurídicas que figuran en la relación procesal que se constituye formalmente ante los órganos jurisdiccionales, actor y el demandado

2.- Para ser sujeto de la relación procesal, es requisito necesario gozar de la personalidad jurídica, así como de la legitimación correspondiente, entendiéndose por estas figuras la facultad de representar en juicio a otras personas y para el efecto de estar legitimado activa o pasivamente, en el primer caso como actor y pasivamente como demandado (*ad causam y ad procesum*)

3.- El artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal determina quienes son en la legislación mexicana personas jurídicas y considera como tales al estado, a los municipios, a las sociedades civiles y mercantiles, a los sindicatos, a las asociaciones distintas a las señaladas anteriormente que se propongan fines políticos, científicos artísticos y a las personas morales extranjeras de naturaleza privada.

4.- La enumeración que se hace en el artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal, es exhaustiva y por tanto no gozan de personalidad jurídica los entes que no aparecen en ella, salvo que alguna Ley especial se las conceda

5.- Al no ser consideradas como personas por el Código, no pueden ser sujetos procesales:

- a) la copropiedad
- b) los bienes que forman la herencia por que con arreglo al artículo 1288 del Código Civil para el Distrito Federal, son una copropiedad.
- c) La masa de los bienes de la quiebra y del concurso civil, y en general, los llamados patrimonios autónomos, porque no están comprometidos en la enumeración del mencionado artículo 25 del Código civil para el Distrito Federal.

6.- El ser humano ya concebido, puede ser sujeto de proceso, pero bajo condición resolutoria de que nazca viable, en cuyo caso se le considera persona jurídica desde que fue concebido.

7.- El Estado, tanto nacional como extranjero, pueden formar parte de la relación procesal, en dos casos, cuando actúa como ente de derecho privado y cuando considerado como persona de derecho público internacional, se somete a la jurisdicción y competencia de los tribunales del ámbito internacional.

8.- En principio, los abogados, los peritos y los testigos no son sujetos en el juicio, aunque intervengan en el proceso porque no les afectan los actos del juez, excepto cuando se les impone una corrección disciplinaria o una medida de apremio. La más importante razón es que se supone que las personas antes señaladas no tienen interés en la solución del juicio correspondiente.

9.- El Ministerio Público, el representante de la Secretaría de Hacienda, en de la Beneficencia Pública, también son sujetos en la relación procesal en los juicios sucesorios y en todos aquellos casos en que la Ley los faculta o los obliga a intervenir en un proceso.

10.- Los terceros se convierten en partes y por lo mismo en sujetos del proceso cuando intervienen en él demostrando su interés jurídico o porque son llamados a intervenir por el órgano jurisdiccional.

11.- Algunos jurisconsultos niegan que el órgano jurisdiccional sea sujeto procesal.

12.- Solo se consideran sujetos jurídicos que intervienen en el proceso a las partes, en el sentido material, es decir, a aquellas cuyos derechos e intereses son materia de juicio, por lo que tienen derechos controvertidos.

13.- Los procesos se integran por una multiplicidad de actos jurídicos, hechos jurídicos y materiales que pueden clasificarse de acuerdo con su grado de evolución en el expediente correspondiente al proceso en varias fases, etapas o periodos.

Para Eduardo Pallares son fases de procedimiento:

- a) La inicial en la que las partes determinan las cuestiones litigiosas que ha de resolver el juez en la sentencia definitiva.
- b) Los procedimientos relativos a las pruebas y alegaciones que rinden y producen los litigantes, a fin de dar al juez el material suficiente para que pueda resolverse el litigio.
- c) La sentencia definitiva en la que se decidan las cuestiones litigiosas y en su caso la ejecución de la misma.”⁶

⁶PALLARES Eduardo, “*Derecho Procesal Civil*”. p. 78.

Adicionalmente el maestro Eduardo Pallares señala que, desde el punto de vista legal, las fases son diferentes, según el juicio de que se trate.

Para clasificar los procesos Pedro Aragonese Alonso señala los siguientes criterios

- a) Ordinarios y especiales.
- b) Contenciosos y voluntarios
- c) Procesos jurisdiccionales y dispositivos según facultades del juez y proceso seguido o según equidad;
- d) Oral o escrito
- e) Sumario u ordinario,
- f) Singular o colectivo,
- g) Por Materia; civil, penal, social, administrativo...
- h) Por fuero: eclesiástico, militar o de comercio.
- i) Por el fin: declarativo o ejecutivo.
- j) Por extensión: particular o universal.⁷

El proceso se inicia con una petición a los tribunales realizada por las partes o litigantes, petición que de acuerdo con el lenguaje jurídico se denomina pretensión, y que el órgano jurisdiccional actúa o deniega según parezca o no fundada en Derecho. Los sujetos que intervienen en el proceso son tres: el que

⁷ ARAGONESES ALONSO, Pedro. "*Proceso y Derecho Procesal*". Editorial Aguilar, Madrid, 1960. p.256.

hace la reclamación o formula la pretensión (llamado actor o demandante), el sujeto a quien se dirige la pretensión (que es el demandado) y el órgano jurisdiccional que decide si da la razón o no al demandante, decisión que se impone de forma coactiva a las partes.

Este esquema es el propio de los procesos civiles, aunque constituye el esquema típico, reproducible de una forma fácil en otros órdenes jurisdiccionales (sobre todo en los procesos ante los tribunales contenciosos administrativos y laborales). El proceso penal, en cambio, tiene un desarrollo distinto pues, por lo común, es el Estado quien se encarga de alentar la persecución del delito e incoar el correspondiente proceso, si bien, existen algunos delitos que sólo son perseguibles a instancia de parte, requiriendo denuncia del perjudicado, lo que hace que la aludida bipolarización demandante-demandado se reproduzca aquí también, salvando las distancias. Lo que en el proceso civil es el demandado, en el proceso penal se denomina reo. El demandante sería aquí el denunciante o el propio Estado. Y lo que en el proceso civil es la demanda, en el penal es la denuncia.

El proceso se compone de una pluralidad de actos encadenados entre sí, de modo que los actos anteriores justifican y son requisito de validez de los posteriores. Este encadenamiento se denomina procedimiento. El proceso civil comienza con la demanda, en la que el demandante expone los hechos y los argumentos jurídicos en los que basa su pretensión. A la demanda contesta el demandado, que puede observar una de estas situaciones: allanamiento, si está de acuerdo con lo solicitado por el demandante y se allana a cumplir lo que éste le exige; oposición, si ocurre lo contrario, en cuyo caso formulará excepciones, es decir, argumentos que tienden a contrarrestar o quitar eficacia a lo que el demandante propone; por último, cabe la reconvención, que supone que el demandado se convierte a su vez en demandante y contesta a la demanda planteando a su vez otra demanda contra la parte opuesta. A continuación viene la fase probatoria, en la que cada una de las partes propone las pruebas que se

quiera hacer valer (confesión, testimonio, pericial, documentos, inspección ocular del juez y prueba de presunciones). El procedimiento termina con la sentencia, que dará la razón a quien la tenga y se pronunciará también sobre quién tiene que soportar las costas del procedimiento.

El litigante que no queda satisfecho con la resolución judicial tiene abierta la posibilidad de formular recursos contra la sentencia.⁸

3.2. EL PROCESO CIVIL.

Con frecuencia se confunden los términos proceso y juicio. La palabra juicio parece equivaler a lo que se entiende por proceso. La palabra juicio se utiliza cuando se quiere aludir a una parte del proceso, de igual manera procedimiento se entiende a todas las etapas que conlleva un proceso o juicio desde la demanda hasta que se dicta la resolución. Y al mencionar las etapas en que se divide el proceso, se habla también de una inicial a la que se llama instrucción, y de una segunda a la que se llama juicio.

El proceso es un verdadero juicio lógico que se actualiza en el momento de dictar la sentencia, en cuya estructura están presentes la premisa mayor que es la norma general, la premisa menor o el caso concreto sometido a la consideración del tribunal y la conclusión que es el sentido lógico de la sentencia.

El derecho procesal civil es la disciplina que analiza las formas procesales destinadas al conocimiento de los conflictos civiles.

La teoría del proceso se fundamenta en el derecho y el proceso.

Dentro del proceso civil, las partes o fases son las siguientes:

⁸ PROCESO. *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

1. La inicial introductiva, en la cual se plantean, mediante los escritos de la demanda, contestación, replica y duplica, las cuestiones de hecho y de derecho materia del juicio;
2. El periodo de ofrecimiento de pruebas.
3. El periodo de de admisión de pruebas
4. El periodo de preparación de pruebas.
5. El periodo de desahogo de pruebas

El principio dispositivo que rige en forma predominante pero no absoluta el proceso civil, se manifiesta en diferentes aspectos de éste, imprimiéndole determinadas características o subprincipios entre los que destacan:

1. El proceso debe comenzar por iniciativa de parte. El juez por ningún motivo puede, en materia civil, instaurar, por si mismo, un proceso. Donde no hay demandante no hay juez. Por tanto, si no existe la acción de la parte interesada, no puede haber proceso. Hay que recordar que el actor o accionante, es quien da el empuje para echar a andar esa maquinaria llamada proceso.
2. El impulso del proceso queda confinado a la actividad de la o las partes.
3. Las partes tienen el poder de disponer del derecho material controvertido ya sea en forma unilateral (a través del desistimiento de la acción o mas exactamente de la pretensión y del allanamiento) o en forma bilateral (por medio de una transacción)

4. Las partes fijan el objeto del proceso a través de las afirmaciones contenidas en sus escritos de demanda y contestación de la misma. El juez no puede resolver más allá (*ultra petitia*) o fuera (*extra petitia*) de lo pedido por las partes.
5. Las partes también fijan el objeto de la prueba y, en consecuencia, la actividad probatoria debe limitarse, por regla, a los hechos discutidos por las partes.
6. Sólo las partes están legitimadas para impugnar las resoluciones del juzgador y la revisión de éstas debe circunscribirse a los aspectos impugnados por las partes.
7. Finalmente, por regla general, la cosa juzgada sólo surte efectos entre las partes que han participado en el proceso”⁹

José Ovalle Favela señala que el recorrido o procedimiento a través del cual se desarrolla el proceso, se va concretando en una sucesión de actos y de hechos que tienen una triple vinculación entre sí cronológica, en cuanto a que tales actos se verifican progresivamente durante determinado tiempo; lógica, en razón de que se relacionan entre sí como presupuestos y consecuencias y teleológica, pues se enlazan en razón del fin que persiguen.

El proceso no se realiza en un solo momento, sino a través de diversos actos que se desarrollan sucesivamente por etapas aún cuando en ocasiones los actos se puedan concentrar.

Etapas:

- a) Etapa preliminar: En primer término, puede haber una etapa preliminar o previa al proceso civil, y esta etapa puede ser la realización de:

⁹ OVALLE FAVELA, José. “*Teoría General del Proceso*”, citando a VÉSCOVI, Enrique. 1971.p.71

1. Medios preparatorios al proceso cuando se pretenda despejar alguna duda, remover algún obstáculo o subsanar una deficiencia antes de iniciar un proceso.
 2. Medidas cautelares, cuando se trate de asegurar con anticipación las condiciones necesarias para la ejecución de la eventual sentencia definitiva,
 3. Medios provocatorios, cuando los actos preliminares tienden a provocar la demanda.
-
- b) Etapa expositiva: La primer etapa del proceso propiamente dicha es la postulatoria, expositiva, polémica o introductoria de la instancia. Esta primera etapa tiene por objeto que las partes expongan sus pretensiones ante el juez, así los hechos y preceptos jurídicos en que se basen. Esta etapa se concreta en los escritos de demanda y de contestación a la demanda, del actor y del demandado respectivamente. Es en esta etapa que el juzgador debe resolver sobre la admisibilidad de la demanda y ordenar el emplazamiento de la parte demandada. En caso de que el demandado, al contestar la demanda, haga valer la reconvención, deberá emplazarse al actor para que la conteste.
 - c) Etapa probatoria: la segunda etapa del proceso es la probatoria o demostrativa, la cual tiene por objeto el que las partes aporten los medios de prueba necesarios para verificar los hechos afirmados en la etapa expositiva. la etapa de prueba se desarrolla fundamentalmente a través de los actos de ofrecimiento o proposición de los medios de prueba; su admisión o rechazo, su preparación y su práctica ejecución o desahogo.
 - d) Etapa conclusiva: esta es la tercera etapa en la cual las partes expresan sus alegatos o conclusiones respecto de la actividad procesal precedente y

el juzgador también expone sus propias conclusiones en la sentencia, con la que pone termino al proceso en su primera instancia.

- e) Etapa impugnativa: eventualmente puede presentarse una etapa posterior a la conclusiva, que inicie la segunda instancia o el segundo grado de conocimiento, cuando una de las partes, o ambas, impugnan la sentencia. Esta etapa impugnativa, de carácter eventual, tiene por objeto la revisión de la legalidad del procedimiento de primera instancia o de la sentencia definitiva dictada en ella.
- f) Etapa ejecutiva: Esta etapa también se considera eventual dentro del proceso. Esta se presenta cuando la parte que obtuvo la sentencia de condena acorde a sus pretensiones, solicita al juez que, como la parte vendida no ha cumplido voluntariamente con lo ordenado en la sentencia, tome las medidas necesarias para que esta sea realizada coactivamente.

La unidad procesal consiste en:

- a) El contenido de todo proceso en un litigio;
- b) La finalidad de todo proceso es la de dirimir o resolver un litigios
- c) Todo proceso presenta una estructura triangular en cuyo vértice superior está el órgano jurisdiccional y en los inferiores se encuentran las partes en contienda.
- d) Todo proceso presupone la existencia de una organización judicial con jerarquía y escalonamientos de autoridad;
- e) Todo proceso esta dividido en una serie de etapas o secuencias que se desenvuelven de principio a fin;

- f) Todo proceso tiene un principio general de impugnación mediante el cual se postulan la necesidad de que las resoluciones del tribunal puedan ser reexaminadas o revisadas por que no estén apegadas a derecho, por que sean incorrectas, equivocadas o ilegales.”¹⁰

Los procesos civiles se clasifican de acuerdo a su finalidad, por la plenitud o limitación de su conocimiento, por la generalidad en especificidad de los litigios que resuelven, por la cuantía, por la forma y por el contenido patrimonial. A continuación se explica cada una de estas clasificaciones:

Por su finalidad los procesos pueden clasificarse en:

1. De conocimiento o declarativos, ejecutivos y cautelares. A través de los procesos de conocimiento se pretende que el juzgador, previo conocimiento del litigio resuelva acerca de una pretensión discutida y defina los derechos cuestionados. En los procesos ejecutivos no se procura el conocimiento y resolución sobre una pretensión discutida sino la realización coactiva de una pretensión insatisfecha. En los procesos cautelares se trata de crear un estado jurídico provisional, que dure hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o ejecutivo.
2. Plenitud o limitación del conocimiento: Los procesos se clasifican en plenarios y sumarios. En los plenarios como el conocimiento del litigio es completo, se llega a la composición total y definitiva del mismo y en el proceso sumario, como el conocimiento del litigio es limitado a determinados extremos, la composición es parcial y no definitiva.

¹⁰ GOMEZ LARA, Cipriano.” *Derecho Procesal Civil*”. Editorial Harla, México. 1991. p4.

3. Orden de proceder: De acuerdo al orden de proceder, los procesos se clasifican en plenarios ordinarios y plenarios rápidos, según se desenvuelvan en mayores o menores plazos, por etapas separadas o concentradas.
4. Generalidad o especificidad de los litigios: De acuerdo con esta clasificación hay procesos ordinarios, cuando a través de ellos se conoce de la generalidad de los litigios y especiales, cuando se establecen sólo para determinados litigios.
5. Cuantía: Por razón de la cuantía, los juicios o procesos ordinarios se suelen clasificar en de mayor, menor cuantía, de acuerdo con el valor pecuniario (mayor, intermedio o mas reducido) de los intereses que se debaten en el proceso.
6. Forma: Por razón de la forma que predomine, los juicios se clasifican en escritos y orales. En los primeros predomina la escritura, mientras que en los segundos la oralidad.
7. Contenido Patrimonial; De acuerdo con esta categoría, los procesos se clasifican en singulares, cuando comprenden la totalidad del patrimonio de una persona.

Es necesario señalar que dentro del proceso se encuentra la etapa probatoria donde se ofrecen, se admiten, preparan y desahogan las pruebas, tales como la confesional, testimonial, documental, pericial, entre otras.

Cabe destacar, que el proceso se encuentra dividido en fases o etapas y una de ellas es la fase probatoria donde las partes demuestran fehacientemente

con sus pruebas la verdad de los hechos en la demanda o en la contestación de la misma, con sus respectivas excepciones y defensas, según sea el caso, y entre otras se encuentra la prueba pericial, la cual es objeto de estudio de este trabajo, por lo cual es que considere necesario incluir dentro del marco conceptual al proceso y la explicación del mismo.

CAPÍTULO CUARTO

LA PRUEBA

4.1.- TEORIA DE LA PRUEBA.

Hablar de una teoría de la prueba, presupone la aceptación de la teoría general del proceso y su significación, por lo que toca a la universidad de ésta y al hecho de que abarca cualquier tipo de enjuiciamiento independientemente del contenido característico de éste; y es que en el fondo, se vuelve a plantear en la materia probatoria, lo relativo a la unidad o a la diversidad de la disciplina científica. La ciencia procesal reclamando para si todo lo relativo a la prueba, postula los principios de ésta, como valederos y universales para cualquier tipo de proceso; por el contrario, la tendencia separatista, implica una actitud que nos parece insostenible, de pretender autonomía científica en el tratamiento de la prueba, en función del tipo de proceso, para tener ahí una prueba civil, una prueba penal, una prueba laboral, una prueba administrativa.¹

Toda la anterior reflexión es indudable que está enfocada exclusivamente hacia la prueba procesal. En otras palabras, el tema de la prueba puede ser más amplio y estar referido no solamente al campo estricto de lo procesal y, en este sentido, si puede hablarse de mecánicas, técnicas y procedimientos de prueba, verificación y constatación en otros campos que no son estrictamente procesales.

Briseño prefiere hablar de “conformación” por considerar que este concepto es más amplio y comprende a la prueba. Advierte que la confirmación “... no es exclusiva del proceso, que opera en cualquier procedimiento y en innumerables ocasiones lo hace en la vida de las relaciones sustantivas, como cuando para comprar o vender se muestran los objetos, para celebrar un arrendamiento se convence al contratante de la bondad del bien ofrecido, para acreditar la titularidad se enseña la constancia de la adquisición de la cosa, o para probar la incapacidad física se somete el sujeto a un examen medico.”.²

¹ GÓMEZ LARA Cipriano, “*La prueba en el Derecho Mexicano del Trabajo*”, en revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM, Num. 72 1968, pp. 831 y 832

² BRISEÑO SIERRA Humberto, “*Derecho Procesal México*”, Cárdenas Editor, t. IV, p 346, 1969.

El capítulo de las confirmaciones comprende no solo la prueba con la que se le ha confundido secularmente, sino otras variantes que son la demostración, la convicción y el acreditamiento, si por años se ha venido enseñando que la prueba comprende toda la gama de demostraciones, convicciones, constataciones y verificaciones, es debido a que no se había ahondado en el tema, o no se había querido efectuar el divorcio ineludible entre sectores tan ajenos como los que se vienen mencionando., los indicios y las presunciones no son pruebas., error de incluir la demostración entre las pruebas, cuando solo se trata del discurrir mental, del inferir razonable...”³

Todas las anteriores ideas aunque no son indiscutibles como parece pretenderlo Briseño Sierra, si son atractivas e interesantes y presentan puntos de partida para toda una reflexión sobre el problema probatorio. Como el mismo autor lo reconoce, tradicionalmente la doctrina, sin entrar en tantas sutilezas, ha englobado bajo el rubro de la prueba no solo lo que estrictamente debe considerarse como tal, sino otras mecánicas y procedimientos que efectivamente son para forjar convicción, para mostrar, para acreditar, etcétera. “prueba es la verificación de las afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia. Que esa verificación ha de efectuarse en el proceso o ha de incorporarse a él, resulta naturalmente del carácter procesal o judicial de la prueba; que ha de ajustarse a normas de procedimiento, es lo que caracteriza esta prueba y le da un sentido jurídico.”⁴

Sentis Melendo, siguiendo a otros autores, llega a afirmar que no son los hechos sino las afirmaciones que de los mismos hacen las partes, las que deben probarse, es decir, la operación esencial es la verificación de las afirmaciones de los litigantes.

³ IDEM

⁴ SENTIS MELENDO, Santiago, “*Introducción al Derecho Probatorio*” en estudios procesales en memoria de Carlos Viada, Madrid, Prensa Castellana, 1965, p.565

Veamos enseguida cuál es el contenido de la temática probatoria, que Sentis Melendo divide en dos partes, una general y otra especial que comprendería, esta última, el estudio de los diferentes medios de prueba en particular; en la primera parte, o sea en la general, tendríamos los siguientes temas:

- a) concepto de prueba.
- b) Objeto, tema, materia de prueba;
- c) Fuentes y medios de prueba;
- d) Sistemas probatorios;
- e) Cargas y facultades (quien ha de probar)
- f) Adquisición procesal
- g) Procedimiento probatorio
- h) Apreciación o valoración de la prueba.

Pensamos que este contenido de la temática probatoria es universal, es decir de valor general para cualquier tipo de proceso.

El problema relativo a si la prueba ofrece los mismos caracteres en las diversas ramas del enjuiciamiento fue materia de una notable polémica entre Florirán y Carnelutti. Alcalá-Zamora nos hace notar que el debate se proyecta en realidad al tema de la unidad o diversidad del derecho procesal. “sintetizando el debate, dado que estructura y función de la prueba son idénticas en cualquier zona procesal, las divergencias se buscan por tres lados:

a) utilización preferente de tal o cual medio de prueba (testigos en lo penal, documentos en lo civil)

b) Criterio valorativo

c) Ordenación procedimental.

La utilización preferente además de obedecer a consideraciones de derecho sustantivo relacionadas con la manera habitual de producirse el correspondiente conflicto, refleja tan sólo una tendencia, pero de manera alguna entraña una regla absoluta, según revela el hecho de que los códigos procesales civiles, se ocupen de la prueba testifical y a la inversa, los del enjuiciamiento criminal de los documentos. Por lo que concierne a la apreciación, el régimen de prueba legal o tasada, presenta los mismos rasgos sea cual fuere la zona en que se aplique y otro tanto acontece con el de la libre convicción, que además por su propia índole escapa a toda norma jurídica y se contenta con remitirse a la conciencia judicial, y con el de sana crítica que opera por igual respecto de toda suerte de contiendas. En cuanto a las discrepancias procedimentales, las circunstancias de que, verbigracia, tal o cual trámite referente a la recepción del testimonio o de la pericia en materia civil, sea distinto de los seguidos en la esfera penal, no destruye la unidad esencial de uno y otro en ambos campos procesales.⁵

Ahora bien, tal y como se puede apreciar en nuestra legislación vigente, no existen en los códigos de procedimientos ninguna disposición de la que pueda inducirse un concepto integral de la prueba, sino que, por el contrario, en títulos independientes se legislan los distintos medios de prueba, determinándose las condiciones para que cada uno de ellos haga plena prueba. De aquí que la doctrina se aplique generalmente a su examen con prescindencia de la vinculación

⁵ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *“Introducción al estudio de la prueba”*, en estudios de derecho probatorio, Universidad de Concepción, 1965, pp115 y 116.

existente entre los distintos medios de prueba, sin advertir, como dice agudamente un autor⁶ lo que solo la experiencia profesional enseña, que casi nunca es posible rendir prueba simple, sino que en la mayor parte de los casos la prueba es compuesta, es decir, un conjunto de pruebas simples aisladamente insuficientes.

Efectivamente el conocimiento del juez no se forma, por lo regular, a través de un solo medio de prueba, sino que es consecuencia de una elaboración mental de reconstrucción mediante la confrontación de los distintos elementos de juicio que las partes suministran. Una teoría general de la prueba permite establecer el modo como el juez va adquiriendo conocimiento de las cosas; explica la formación lógica de los distintos medios de prueba, y la vinculación que entre ellos existe, base de la prueba compuesta; suministra, por ultimo, el criterio para la valoración de la prueba en la sentencia⁷

4.2. LOS MEDIOS DE PRUEBA EN GENERAL Y SU CONCEPTO

4.2.1 NOCION DEL MEDIO DE PRUEBA.

La denominación de medios de prueba corresponde a las fuentes de donde el juez deriva las razones o también conocidos como motivos de prueba que traen como consecuencia una respuesta mediata o inmediata a su convicción para resolver en un litigio.

Medio de prueba es para Goldschmidt, todo lo que puede ser apreciado por los sentidos, o que pueda suministrar apreciaciones sensoriales; en otras palabras, cuerpos físicos (materia de la prueba de reconocimiento judicial), y exteriorizaciones del pensamiento (documentos, certificados, dictámenes, declaraciones de las partes y juramentos).⁸

⁶ DELLEPIANE, pag 121.

⁷ ALSINA, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial" III. Pp227.

⁸ GOLDSCHMIDT, "Derecho Procesal Civil", pág. 257

En la doctrina tradicional encontramos obras que podrían considerarse como clásicas en materia de prueba, fundamentalmente a Lessona y Betham, así como a Moreno Cora y Alarcon.

Debe advertirse que la atención de estos autores ha sido enfocada a lo que podríamos llamar la prueba judicial, o sea, a los mecanismos probatorios en los procesos. La actividad probatoria no solo se limita al campo de lo estrictamente procesal, ni siquiera al campo de lo estrictamente jurídico, sino que a veces rebasa esos campos.

Un esquema de círculos concéntricos ayudara a entender ese triple nivel, o esa triple dimensión de lo que es la actividad probatoria en general, que estaría comprendida en el círculo mas grande; después, en un círculo mas reducido, tendríamos el campo de la actividad probatoria jurídica y, finalmente, en el círculo concéntrico mas pequeño, tendríamos la actividad probatoria específicamente judicial o que podríamos también denominar actividad probatoria procesal.⁹

Para Carnelutti, la prueba jurídica de los hechos controvertidos implica que probar no quiere decir necesariamente demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar los hechos mismos a través de los procedimientos autorizados por la ley¹⁰

Alcalá Zamora, sostiene que la prueba es el nudo del proceso; porque precisamente al desatar ese nudo implicara solucionar el problema sobre el que hay incertidumbre o duda¹¹

⁹ GOMEZ LARA, Cipriano, " *Derecho Procesal Civil*", Ed. Harla, pág. 103.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco, " *La Proba Civile*", Atehenaeum, Roma, 1915

¹¹ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto " *Estudios de Derecho Probatorio*", Universidad de Concepción, 1976, pág. 24

Esa incertidumbre o duda a la que se refiere Alcalá Zamora hay que despejarla; y se despeja desatando el nudo del proceso y solucionando el problema que tal nudo plantea.

La prueba como procedimiento tiende a proporcionar al juzgador el conocimiento de la verdad acerca de lo que se le ha planteado.

Cipriano Gómez Lara nos indica que tradicionalmente se ha hablado de la prueba como actividad o el medio para llegar a un resultado. Otras veces, por el contrario, se habla de la prueba como el resultado obtenido por ese procedimiento. En esta virtud, se habla de MEDIO DE PRUEBA, de objeto de prueba, de fin de prueba debiendo tener cuidado para distinguir entre estos tres conceptos. El medio de prueba resulta ser el procedimiento o mecanismo utilizado, el fin de la prueba es el para que queremos probar, o sea, conocer la verdad, forjar la convicción del juzgador, el resultado de la prueba es el objeto que la prueba pudo producir, es una consecuencia del mismo procedimiento probatorio, que puede ser en uno o en otro sentido.

La correcta utilización de los medios de prueba es algo sumamente importante en el proceso, por que, téngase muy en cuenta, las partes y sus abogados muchas veces están convencidos de que tienen la razón de su lado. Una parte va y relata a su abogado con toda pasión y buena fe la problemática de su asunto. El abogado lo primero que le debe preguntar, ya que debe actuar, en primer lugar, como juez, es ¿qué pruebas tiene usted? No basta con tener el derecho, hay que acreditar que se le tiene. Y esto no solamente es difícil, sino en algunas ocasiones imposible.

Continúa el maestro Cipriano Gómez Lara, - La buena fe de los abogados los lleva a provocar que sus clientes inicien procesos que después van a perder. Por que aquellos han llegado a la conclusión de que la parte a la cual representan tienen la razón. Sin embargo, dicha parte no cuenta con los medios de prueba

adecuados o conducentes para acreditar ante los Tribunales los hechos que son el fundamento de los derechos que se pretenden.¹²

La prueba es el acreditamiento, la verificación, la confirmación de los hechos aducidos por las partes. SENTIS MELENDO afirma que en realidad no se prueban los hechos, sino que lo que se prueba son las afirmaciones que las partes hacen sobre los mismos. En otras palabras, hay un mecanismo de verificación, se trata de verificar mediante una comparación entre lo que se aduce y la realidad. Este procedimiento de verificación entre lo que se aduce y la realidad es, pues, un procedimiento de confirmación, y esto tiene tal fuerza que BRISEÑO SIERRA mas que hablar de prueba, habla de confirmación. El planteamiento fundamental del autor radica en sostener que no debe hablarse de medios de prueba en la forma en que tradicionalmente ha venido haciéndose, sino de medios de confirmación, subdividiéndose éstos en cuatro grupos o sectores muy bien definidos a saber:

MEDIOS DE CONVICCION Que simplemente inclinan el ánimo del juzgador una afirmación inverificable por si misma: confesión testigos.

MEDIOS DE ACREDITAMIENTO: Que están representados por cosas materiales que contienen datos o expresiones significativas sobre actos o hechos jurídicos: documentos, monumentos, instrumentos y registros.

MEDIOS DE DEMOSTRACION: Que implican que los objetos sean directamente mostrados al tribunal o juez y que esa experiencia directa permita el conocimiento de los mismos: inspección judicial.

MEDIOS DE PRUEBA: (propiamente dichos) que se limitan a ser los procedimientos de verificación técnica y científica de fenómenos naturales siguiendo las leyes causales a que estén sometidos, o sea, la producción eficiente

¹² GOMEZ LARA, Cipriano, “*Derecho Procesal Civil*”, Ed. Harla, p. 104.

de fenómenos con arreglo a sus propias leyes: pruebas científicas, periciales, técnicas.¹³

Según el maestro Alsina, los distintos medios de prueba los divide de la siguiente manera:

- a) Hay ciertos hechos que graban la conciencia sin el auxilio de ningún intermediario y cuya impresión es tan viva como la luz en la vista; otros, en cambio, no los percibimos sino por medio de otros hechos precedentemente recibidos, aplicando el raciocinio, que nos conduce de lo conocido a lo desconocido. En el primer caso el conocimiento es directo o inmediato, por que se aplica al hecho mismo; en el segundo es indirecto o mediato por que se conoce el hecho que se investiga a través de otro hecho.

- b) La prueba directa o inmediata es el fundamento de la evidencia o sea la convicción de la verdad de un hecho. Esa convicción puede ser interna (en ciertos estados emotivos) o externa (que percibimos por los sentidos). La convicción interna es consecuencia de un proceso mental autónomo, que esta fuera del centro de las partes y, por consiguiente, no puede fundar una decisión; por eso el juez debe excluir su conocimiento personal y toda clase de apasionamiento que pueda influir en su criterio. No ocurre lo mismo con la evidencia externa, susceptible de ser apreciada por terceros, desde que cae bajo el dominio de los sentidos. Surge como consecuencia de ello, que la prueba más importante es la que resulta de la experiencia personal del juez con el centro de las partes o sea la comprobación judicial, que el código de procedimientos legisla bajo el nombre de inspección ocular.

- c) Pero hay ciertos hechos que, no obstante caer bajo el dominio de los sentidos, no pueden ser apreciados sino por quien posea conocimientos especiales en la materia; y así como nos servimos de instrumentos de óptica para suplir las

¹³ IDEM

imperfecciones de la vista, el juez recurre al auxilio de la ciencia, asesorándose por técnicos que ilustran su criterio, lo que constituye la prueba por peritos.

- d) Cuando la observación directa no es posible por que el hecho no esta presente o ha dejado de existir, el hombre recurre a dos medios para descubrirlo: la deducción o inducción (prueba indirecta o mediata). El primero, que consiste en sacar de un principio conocido las consecuencias que encierra, si bien es de gran utilidad en el desarrollo del derecho en general, es inaplicable en materia de prueba, por que la lógica puede enseñarnos las consecuencias de los hechos, pero no los hechos mismos. En cambio la inducción nos permite remontarnos de hechos conocidos hasta otros desconocidos, por que se funda en la permanencia de las leyes físicas naturales. La especie de inducción de la lógica de la prueba admite en primer termino es la que se funda en la ley moral mas importante: La fe en el testimonio del hombre (piense sólo que sin ella no existirían la historia y las ciencias en general). Entiéndese por testimonio toda declaración relativa a hechos pasados que se discuten en juicio y puede emanar del actor, del demandado o de terceros.

El testimonio de una de las partes se llama confesión. Cuando el demandado se condena a si mismo reconociendo un hecho afirmado por el actor o éste inutiliza su acción reconociendo un hecho alegado por el demandado, sea está en presencia de la mas grave de las inducciones judiciales, como que se fundan en el principio de que nadie reconoce un hecho del cual puede derivarle un perjuicio si no ha realmente sucedido.

El testimonio de los terceros, que constituye la prueba de testigos, se funda en la presunción de que, normalmente, el hombre dice la verdad y de que solo la pasión o el interés pueden apartarlo de ella (de allí a la exclusión de los testigos afectados por tachas).

- e) El testimonio, tanto de las partes como de terceros, puede producirse también en forma escrita y, en ese caso, el documento donde consta, constituye la prueba instrumental, por que es el medio o instrumento que sirve para hacerlo valer en juicio.

- f) Por último, a falta de testimonio del hombre, la inducción puede fundarse en rastros, transitorios o permanentes, que toman el nombre de indicios y sirven de punto de partida a la investigación. Las consecuencias que de ellos se sacan constituyen las presunciones, que se llaman legales cuando son preestablecidas por la ley y judiciales cuando son solo el fruto del raciocinio del juez.¹⁴

Ahora bien, según el maestro Cipriano Gómez Lara, nos advierte que es sumamente necesario distinguir entre el medio de prueba, el motivo y la finalidad de la prueba. En un sentido muy amplio, el medio es todo instrumento, procedimiento o mecanismo, que puede originar motivos de prueba. En otras palabras, el medio de prueba es sólo la vía, el camino, que puede provocar los motivos, o sea ocasionar los razonamientos, argumentos o intuiciones que permitirán al juez llegar a la certeza, o al conocimiento de determinado hecho invocado por las partes como fundamento de sus pretensiones o de sus defensas. Por último la finalidad de la actividad probatoria en lograr que el juez llegue a una convicción u obtenga una certeza sobre los hechos o sobre las circunstancias también es relativo a las pretensiones y a las resistencias de los litigantes.¹⁵

4.3.- CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

Diversos autores con criterios de lo más disímolos, han tratado de clasificar los medios de prueba, o las pruebas mismas con múltiples criterios. Así

¹⁴ ALSINA Hugo, “*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”l III. 1958 pp 227 228 y 229.

¹⁵ GÓMEZ LARA Cipriano, “*Teoría General del Proceso*”, UNAM. Pp 301 y 302.

Briseño Sierra quien cita para ello, a Alcalá-Zamora y Castillo y a Levene, al propio Alsina, a Devis Echandia, a Della Rocca, nos lista las siguientes:

- I. Pruebas Directas o indirectas.
- II. Pruebas Históricas y Críticas.
- III. Pruebas personales y reales.
- IV. Pruebas Preconstituidas y Constituyentes.
- V. Pruebas de cargo y descargo
- VI. Pruebas judiciales y extrajudiciales.
- VII. Pruebas simples y preconstituidas.
- VIII. Pruebas plenas y semiplenas.

Por su parte, Pallares, en una clasificación que reitera varios de los criterios anteriores, habla de pruebas directas o inmediatas, de pruebas reales, de pruebas originales y derivadas, preconstituidas y por constituir, plenas, semiplenas y por indicios, nominadas o inominadas, pertinentes o impertinentes, idóneas e ineficaces, útiles e inútiles, concurrentes, inmorales y morales, e históricas y críticas.¹⁶

¹⁶ BRISEÑO SIERRA Humberto, “*Derecho Procesal, México*”, TIV, pp 397, 398 y 399. Cárdenas Editor 1969

Los diversos medios de prueba se reglamentan en las legislaciones procesales con determinadas variantes procedimentales en rigor en cada legislación procesal, ya sea ésta de procesal penal, de procesal de trabajo, de procesal civil, etcétera, hay una enunciación y una reglamentación de los mecanismos o procedimientos probatorios y, por lo tanto, ese aspecto de detalle debe quedar reservado a los cursos o a los textos referidos a los derechos procesales concretos, o sea, al derecho procesal penal, al derecho procesal del trabajo, al derecho procesal civil, etcétera:

Según el maestro Alsina nos indica que:

a) Se entiende por medio de prueba el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción. Habitualmente se confunden ambos conceptos y se habla entonces de prueba de testigos, prueba de confesión, cuando en realidad de verdad la prueba resulta de la manifestación del testigo o del que confiesa. La prueba se produce por algunos de los medios que la ley admite y así es motivo de prueba la declaración por un testigo veraz del hecho por él presenciado

b) Los distintos medios de prueba pueden clasificarse de diversas maneras según el punto de vista desde el cual se les considere. Algunos de ellos se crean por las partes en el momento de la celebración de un negocio jurídico con el objeto de consignar sus modalidades en la eventual previsión de un litigio y por eso se llaman preconstituidas, como son los instrumentos públicos y privados; otros, en cambio, surgen después de producido un hecho, por lo que se les llama circunstanciales, como los testigos y los indicios. Unos permiten al juez formar su convicción por la observación propia, por lo que constituye la prueba directa, como el reconocimiento judicial; en otros casos el conocimiento se forma a través de terceros, como en la testimonial, de la cual se dice que es una prueba indirecta.

c) Llámese plena la prueba que demuestra, sin dejar dudas, la existencia de un hecho y semiplena cuando de ella surge únicamente la posibilidad de su existencia. Es simple cuando por si sola constituye prueba suficiente, por ejemplo, la confesión; es compuesta cuando la prueba resulta de la reunión de diversos medios (un testigo, un indicio, la respuesta evasiva, etc.), lo que constituye, según hemos dicho, la situación normal, pues raro es el caso en que el juez forme su convicción sobre la base de una prueba única.¹⁷

Aunado a lo anterior, el maestro José Ovalle Favela, nos indica para él cual es la clasificación de los medios de prueba:

a) PRUEBAS DIRECTAS E INDIRECTAS, las primeras muestran al juzgador el hecho a probar directamente y las segundas los hacen por medio de otro hecho u objeto – declaración, dictamen, etcétera. La regla general es que las pruebas sean indirectas: La confesión, el testimonio, los documentos, etcétera. La prueba directa, por excelencia, es la inspección judicial, la cual pone al juez en contacto directo con los hechos que se van a probar.

b) PRUEBAS PRECONSTITUIDAS Y POR CONSTITUIR. Las primeras existen previamente al proceso, como en el caso típico de los documentos. Las pruebas por constituir son aquellas que se realizan sólo durante y con motivo del proceso, como la declaración testimonial, la inspección judicial, los dictámenes periciales etcétera.

c) PRUEBAS HISTORICAS Y CRÍTICAS. Las primeras reproducen o representan objetivamente los hechos por probar: tal es el caso de las fotografías, las cintas magnetofónicas, los documentos, etcétera. Las segundas no representan el hecho por probar, sino que demuestran la existencia de un hecho,

¹⁷ ALSINA Hugo. “*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial III*”. 1958 pp 227 228 y 229.

del cual el juzgador infiere la existencia o inexistencia del hecho por probar. De esta segunda clase son las presunciones.

d) PRUEBAS REALES Y PERSONALES. Las pruebas reales son las que consisten en cosas: documentos, fotografías, etcétera. Las pruebas personales, como su nombre lo indica, consisten en conductas de personas: la confesión, el testimonio, el dictamen pericial, etc.¹⁸

4.4.- LA PRUEBA CONCEPTO Y DEFINICION.

En su acepción lógica, probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su significación corriente expresa una operación mental de comparación. Desde este punto de vista, la prueba pericial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla. El juez trata de reconstruir los hechos valiéndose de los datos que aquellas le ofrecen o de los que puede procurarse por si mismos en los casos en que está autorizado para proceder de oficio. La misión del juez es por eso análoga a la del historiados, en cuanto ambos tienden a averiguar como ocurrieron las cosas en el pasado, utilizando los mismos medios o sea los rastros o huellas que los hechos dejaron.¹⁹

También se define como la actividad que se lleva a cabo en los procesos judiciales con la finalidad de proporcionar al juez o tribunal (y en su caso, al jurado, en los procedimientos en que éste se encuentra llamado a intervenir según la legislación de cada país) el convencimiento necesario para tomar una decisión acerca del litigio. Como es natural, el juez no puede sentenciar si no dispone de una serie de datos lógicos, convincentes en cuanto a su exactitud y certeza, que inspiren el sentido de su resolución. No le pueden bastar las alegaciones de las partes. Tales alegaciones, unidas a esta actividad probatoria que las

¹⁸ OVALLE FAVELA José, “*Derecho Procesal Civil*”. Colección de textos Jurídicos Universitarios. pp 109 y 110.

¹⁹ DELLEPIANE LAFAILLE, “*Contratos*”, t. 1 , p.p. 32-194.

complementa, integra lo que en Derecho procesal se denomina instrucción procesal. La prueba procesal se dirige, pues, a lograr la convicción psicológica del juez en una determinada dirección.²⁰

También el diccionario Jurídico espasa, indica:

“PRUEBA, Acreditación de la certeza de un hecho.

La prueba puede concebirse desde ángulos diversos .Puede considerarse como una actividad lógica y material orientada en el mismo sentido de la realidad que se trata de Averiguar, Esto es, como operación y esfuerzo amparados en una verdad: es la prueba fin. Pero también puede valorarse como el conjunto particular de recursos que pueden utilizarse para obtener aquella demostración; es la prueba medio. “.²¹

En la técnica procesal la palabra prueba tiene otras acepciones. Se la usa a veces para designar los distintos medios o elementos de juicio ofrecidos por las partes o recogidos por el juez en el curso de la instrucción; y se habla así de prueba testimonial, instrumental, inspección ocular etc. Otras veces se la refiere a la acción de probar y se dice entonces que el acto corresponde la prueba de su demanda y al demandado la de sus defensas y excepciones. Por último, designa el estado de espíritu producido en el juez por los medios aportados y en este sentido un hecho se considera o no probado según que los elementos de prueba suficientes para formar la convicción de aquel, pues las partes pueden haber producido en los autos abundantes pruebas sin lograr producir con ella esa convicción.

Ahora bien para el profesor Rafael de Pina la palabra prueba, expresa la acción y efecto de probar, y también la razón, argumento, instrumento u otro

²⁰ PRUEBA." *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation

²¹ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Ed. Espasa. Madrid 2001

medio con que se pretende demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.²²

La palabra prueba –dice Vicente y Caravantes - trae su etimología, según unos, del adverbio *probe*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende; o, según otros, de la palabra *probandum*, que significa recomendar, probar, experimentar, patentizar, hacer fe, según expresan varias leyes del Derecho Romano.

Por prueba se entiende, principalmente, según la define la ley de Partida, la averiguación que se hace en juicio de una cosa dudosa: ley I, tit. XVI, parte 3º, o bien la producción de los actos o elementos de convicción que someten el litigante, en la forma que la ley previene, ante el juez del litigio, y que son propios, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito.

Según otras acepciones, la palabra prueba, o bien designa los medios probatorios o elementos de convicción considerados en si mismos, y en este sentido se dice que una parte se halla o no asistida de prueba, y se distinguen los diversos hechos probatorios admisibles en juicio, o los distintos géneros de prueba judiciales, v.gr., la prueba literal o por documentos, la oral o por confesión, la testifical, etc., o bien expresa la palabra prueba el grado de convicción o la certidumbre que operen en el entendimiento del juez aquellos elementos.²³

La prueba se dirige al juez, no al adversario, por la necesidad de colocarlo en situación de poder formular un fallo sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados, puesto que debe juzgar *justa alegata et probata*.

Para Carnelutt, las pruebas son un instrumento elemental, no tanto del proceso como del derecho y no tanto del proceso de conocimiento como del

²² DE PINA Rafael, CASTILLO LARRAÑAGA José, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Ed. Porrúa, S.A., México, 1950. p. 231

²³ VICENTE Y CERVANTES, "Tratado de Procedimiento"s, Vol. II. p. 121.

proceso in genere; sin ellas dice, el derecho no podría, en el noventa y nueve por ciento de los casos, alcanzar su fin.²⁴

Por eso se ha podido decir, exactamente, que quien tiene un derecho y carece de los medios probatorios para hacerlo valer ante los tribunales en caso necesario, no tiene mas que la sombra de un derecho.

Constituye la materia relativa a la prueba una de las partes verdaderamente fundamentales del Derecho procesal.

La necesidad de convencer al Juez de la existencia o de la inexistencia de los hechos a actos susceptibles de tener eficacia en relación con el resultado del proceso, da a la actividad encaminada a este objeto una importancia capital.

La fundamentación legal de las pretensiones de las partes es, sin duda, trascendental, pero la prueba de los hechos alegados lo es en mayor grado, puesto que siendo estos desconocidos para el juez, al contrario de lo que sucede con el derecho, el fracaso en este punto lleva aparejadas las consecuencias mas lamentables para la parte a quien afecte la falta de prueba.

Según el profesor Cipriano Gómez Lara el vocablo prueba presenta diversas acepciones. Una es la etimológica y, desde este punto de vista, prueba significa acción y efecto de probar, pero ésta no sirve mucho para resolver la cuestión del concepto de la prueba, desde el punto de vista jurídico procesal.

Veamos otros sentidos, otras acepciones que tiene este mismo vocablo, se entiende por prueba, en una primera acepción los diversos medios probatorios, o sea, en ese sentido prueba es el conjunto de instrumentos por los cuales se persigue dar al juzgador el cercioramiento sobre las cuestiones controvertidas. En una segunda acepción, prueba designa al procedimiento probatorio, es decir,

²⁴ CARNELUTI, “*Sistema di Diritto Procesuale Civile*”, Vol. I, pág. 675.

designa el desarrollo formal de la fase probatoria del proceso. En una tercera significación, expresa a la actividad de probar, esto es, al hacer prueba, al conjunto de actos de prueba, al conjunto de actos de probar. En una cuarta acepción, se ha entendido el resultado en el proceso. Finalmente en una quinta acepción, se ha querido expresar la razón, motivo o argumento que hace tener por verificado o verificadas las afirmaciones o las negaciones que se han introducido en el proceso.²⁵

La doctrina o los autores han sido reticentes en dar conceptos de prueba procesal por los riesgos que ello implica. Ovalle Favela en un artículo ha publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de México, define la palabra prueba advirtiendo que puede entenderse en dos sentidos, en uno estricto y en uno amplio; Prueba en sentido estricto es la obtención del cercioramiento judicial acerca de los hechos indispensables para la resolución del conflicto sometido a prueba; el sentido amplio comprende todas las actividades procesales que se realizan a fin de obtener dicho cercioramiento con independencia de que éste se obtenga o no.²⁶

Ahora bien, otra definición de la palabra prueba, la encontramos en el diccionario de derecho procesal civil del maestro Eduardo Pallares que indica que la Prueba es, probar, es producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas respecto de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una proposición. También puede decirse que probar es evidenciar algo, esto es, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales. Aunque los términos probar y demostrar son sinónimos, con más frecuencia se usa la palabra demostrar para referirse a la actividad que tienen como término la falsedad o verdad de una proposición. La prueba de los hechos concierne principalmente a las ciencias experimentales, mientras que a la demostración predomina en las ciencias

²⁵ GOMEZ LARA Cipriano, "*Derecho Procesal Civil*", Ed. Harla, p. 107.

²⁶ OVALLE FAVELA José, "*La Teoría General de la Prueba*", Revista de la Facultad de Derecho de México, t.XVI, nums 93 a 94, enero – junio de 1974, pp. 273 a 302.

deductivas y en la filosofía. Casi todo el acervo de las verdades matemáticas, se obtiene mediante la deducción.²⁷

El Código Civil del Cantón de Hamburgo citado por Lessona, dice que “la prueba en justicia son los medios adecuados para establecer la verdad de un hecho o una obligación”

Carnelutti sostiene que probar no consiste en evidenciar la existencia de un hecho sino en “verificar un juicio” o lo que es igual, demostrar su verdad o falsedad, pero esta distinción es formal. Si los juicios afirman o niegan la existencia de un hecho, al evidenciar su verdad o falsedad, necesariamente se demuestra la existencia o inexistencia de aquél.

No pocos jurisconsultos definen la acción de probar como la actividad mental que partiendo de un hecho o verdad conocidos, nos permita conocer otro desconocido. En esta definición, se considera a la prueba, no en su finalidad (la de evidenciar algo) sino en su mecanismo interno o sea en la forma como realiza dicho fin.

Aristóteles profundizó la cuestión y sostuvo que “la demostración es una argumentación o silogismo que engendra ciencia, cuyas premisas son proposiciones verdaderas, primeras e inmediatas, más claras que la conclusión, anteriores a ella, y causas de la misma” Este concepto se refiere a la prueba deductiva, y los calificativos “primeras e inmediatas” que en ellos aparece, significan que las proposiciones de que se tratan han de ser indemostrables y primeras en el orden lógico, esto es, que no se apoyen en ninguna otra, sino que sean evidentes por sí mismas.²⁸

²⁷ PALLARES Eduardo, “*Diccionario de Derecho Procesal Civil*”, Ed. Porrúa. p. 554

²⁸ BRISEÑO SIERRA Humberto, “*El juicio Ordinario Civil*”, Ed. Trillas, México, 1980, p. 745.

Lo dicho anteriormente solo concierne al verbo probar del cual deriva el sustantivo prueba que se refiere AL MEDIO O INSTRUMENTO DE QUE SE SIRVE EL HOMBRE PARA EVIDENCIAR LA VERDAD O FALSEDAD DE UNA PROPOSICION, LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE ALGO.

La prueba judicial.- La prueba judicial es la que se lleva a cabo ante los órganos jurisdiccionales, ya se trate de Tribunales civiles, penales, de orden administrativo, juntas de conciliación y arbitraje, etc. Consiste en actividades jurisdiccionales promovidas por el juez o por las partes que intervienen en el proceso, y que tienen por objeto producir un hecho o una cosa del cual se infiera la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos.

La prueba es el resultado de esas actividades. La presentación de un documento, la inspección de algún lugar, la declaración de uno de los litigantes etc., todos los hechos y otros análogos, constituyen pruebas en tanto que son actos procesales encaminados a producir certeza en el juez o magistrado. La prueba judicial considerada como sustantivos recibe el nombre de medio de prueba en el lenguaje forense y puede definirse como la cosa o el hecho, autorizado por la ley, para evidenciar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos o de la norma jurídica cuando ésta no debe ser conocida por el juez. Importa subrayar la importancia de que los documentos, las declaraciones de los testigos, etc., no constituyen medios de prueba, sino en tanto que son producidos judicialmente. Por eso, todos presuponen actividades jurisdiccionales.²⁹

Así encontramos el concepto que de “medios de Prueba” tiene el maestro Ovalle Favela y que indica:

Que los medios de prueba son los instrumentos con los cuales se pretende lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos objeto de prueba. Estos

²⁹ Idem.

instrumentos pueden consistir en objetos materiales – documentos, fotografías, etcétera- o en conductas humanas realizadas bajo ciertas condiciones judiciales, etc.

Cuando el medio de prueba consiste en una conducta humana es preciso no confundir a ésta con el sujeto que la realiza. Conviene distinguir con claridad entre la persona - sujeto prueba – y su conducta – medio de prueba. Así, por ejemplo, los testigos y los peritos son sujetos de prueba en tanto que son personas que realizan determinadas conductas – tales como formular declaraciones o dictámenes - tendientes a lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos discutidos en el proceso; pero los medios de prueba no son tales personas, sino sus declaraciones o sus dictámenes.³⁰

Prueba, actividad que se lleva a cabo en los procesos judiciales con la finalidad de proporcionar al juez o tribunal (y en su caso, al jurado, en los procedimientos en que éste se encuentra llamado a intervenir según la legislación de cada país) el convencimiento necesario para tomar una decisión acerca del litigio. Como es natural, el juez no puede sentenciar si no dispone de una serie de datos lógicos, convincentes en cuanto a su exactitud y certeza, que inspiren el sentido de su resolución. No le pueden bastar las alegaciones de las partes. Tales alegaciones, unidas a esta actividad probatoria que las complementa, integra lo que en Derecho procesal se denomina instrucción procesal. La prueba procesal se dirige, pues, a lograr la convicción psicológica del juez en una determinada dirección.

No toda prueba propuesta por cada una de las partes va a ser tomada en consideración. Por lo pronto, las leyes de procedimiento establecen los medios de prueba admisibles según el Derecho. Pero, incluso dentro de este catálogo de medios de pruebas admisibles, puede suceder que de las pruebas propuestas por las partes con frecuencia haya una o varias que no sean admitidas. Cabe

³⁰ OVALLE FAVELA José, “*Derecho Procesal Civil*”. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. p. 109.

distinguir así, si tomamos como modelo el proceso civil: la petición genérica de la prueba, por medio de la cual los litigantes solicitan (es habitual que lo hagan en el propio escrito de demanda y en el de contestación) que haya, en general, pruebas en el proceso; el recibimiento a prueba, acto por el que el juez, si se cumplen los requisitos marcados por la ley, decide si van a existir, en general, pruebas en el proceso; la petición específica de prueba (o proposición de prueba) acto por el que los litigantes solicitan, no ya que haya pruebas en general, sino que se acuda a un determinado medio de prueba (testigos, peritos, prueba documental, por ejemplo); la admisión específica de la prueba, a través de la cual el juez admite o rechaza que se practiquen en el proceso los específicos medios de prueba propuestos; la práctica de la prueba, actos por los que se verifican o comprueban cada una de las pruebas solicitadas y admitidas (interrogatorio de los testigos y peritos, examen de los documentos, entre otras); y, por fin, la apreciación de la prueba, actividad por medio de la cual el juez valora y fija la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados.³¹

4.5. LA EVOLUCION DE LA PRUEBA A TRAVES DE LA HISTORIA.

Los historiadores del derecho y los sociólogos que tratan de las instituciones jurídicas ha podido demostrar que la evolución de los llamados medios probatorios, se ha verificado de la siguiente manera:

- I. La prueba religiosa en las primeras etapas del derecho para convertirse después en la prueba laica. Tuvieron aquel carácter el juramento, las ordalías, la purgación canónica. El primero todavía subsiste en muchas legislaciones, en la nuestra desapareció desde las leyes de reforma, que lo sustituyeron por la simple promesa de decir verdad. Todas las pruebas que reglamenta el Código son laicas.

³¹ PRUEBA." *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

- II. Primeramente tuvo mas importancia la prueba testimonial que la documental, para después declinar aquella en provecho de ésta. El cambio se explica fácilmente, si se tienen en cuenta varias circunstancias, la abundancia de libros y documentos en los tiempos modernos, el descubrimiento de la imprenta y el hecho de que en el pasado, sobre todo en la edad media, las personas que sabían leer se encontraban en reducida minoría, al grado de que las leyes de Partida aconsejan a los jueces que aprender a leer para que puedan administra justicia, y que no a todos los obispos y dignatarios eclesiásticos, les era dable firmar las actas de los concilios por que tampoco sabían escribir
- III. En el derecho moderno, y salvo casos muy contados de excepciones, la prueba esta regida por el principio de publicidad, mientras que en el pasado era clandestina. Los procedimientos inquisitoriales han de considerarse como un modelo odioso, en este último punto.
- IV. En muchas legislaciones primitivas, el objeto de la prueba eran las pretensiones de los litigantes en su totalidad, consideradas como un todo indivisible, sin distinguir entre el hecho y el derecho. Lo que entonces se trataba de probar era que el demandado debía tal prestación. Ahora solo la prueba concierne a los fundamentos de hecho de las pretensiones de las partes y excepcionalmente a la norma jurídica.
- V. En las legislaciones modernas impera el principio de que la prueba, para ser valida, se ha de producir en debate contradictorio. No sucedió así en el pasado, sobre todo cuando tuvo carácter secreto.
- VI. De la prueba libre se ha pasado a la tasada, pero a últimas fechas hay una tendencia a volver a aquella.

- VII. Predominio de las pruebas de carácter técnico respecto de las empíricas, a causa del ulterior adelanto de la ciencia y de las artes.

- VIII. Predominio de la prueba preconstituida sobre la eventual en las fases mas adelantadas de la evolución jurídica.³²

4.6.- LA PRUEBA EN ROMA

Estimo importante apuntar la característica del procedimiento APUD IUDICEM en Roma, ya que esto constituye de igual forma un antecedente de la prueba en nuestro sistema jurídico.

En el sistema *apud iudicem* hallamos la lucha por la sentencia, la parte medular de esta lucha era la tentativa, por ambas partes, de comprobar los hechos en que se fundaría *su actio*, *exceptio*, *replicatio*, etc. Mas también intervenían algunos factores de derecho, especialmente si la *intentatio* era *in ius concpta*, de manera que las partes también trataban de convencer al juez respecto de cuestiones puramente jurídicas (También en los alegatos, ya que éstos se referían a cuestiones de hecho y derecho).

Generalmente tres días después de la *litis contestatio*, las partes se presentaban ante el juez. En este momento, ya no había necesidad de fianzas que asegurasen su comparecencia; su propio interés les impulsaba a presentarse puntualmente; de lo contrario, corría el riesgo de ser considerado contumaz.

Respecto del demandado, se suavizo el rigor del sistema en la época imperial, exigiéndose que fuera citado por edictos, tres veces, con diez días de intervalo, antes de que se le declarada en contumacia. Es de notar que ésta,

³² BRISEÑO SIERRA Humberto, “*El juicio Ordinario Civil*”, Ed. Trillas, México, 1980, p. 745.

aunque en la practica significaba generalmente la pérdida del proceso, no tenia automáticamente esta consecuencia; *absens, si bonam causam habet, vicent* (el ausente vencerá, si tiene buena posición jurídica).

La instancia *apud iudicem* se componía de diversas fases, mostrando algunos claros incisos; y el orden requería que, salvo contadísimas excepciones, un acto que hubiera tenido su debido lugar en una fase pasada, no podía realizarse ya en otra posterior; por ejemplo, durante la fase reservada al desahogo de pruebas, no debía ofrecerse ninguna nueva prueba. Evidentemente, el plus en materia de seguridad y orden tenia, como precio, a veces, un minus en materia de equidad. Pero, si no se fijara a cada acto procesal su propio y exclusivo momento, “el pleito se convertiría en un altercado que subiría y bajaría, como la solas del mar, sin progresar”, algo que seria contrario a la idea medular de pro-ceso y de pro-cedere (ir adelante). En casos normales, el procedimiento *apud iudicem* se componía de las siguientes fases:

- a) Ofrecimiento
- b) Admisión o rechazo
- c) Desahogo de pruebas
- d) Alegatos y finalmente
- e) Sentencia

En la *legis actiones* encontraríamos, probablemente la misma serie de actos procesales.

Los hechos controvertidos deberían ser comprobados. En cambio, el derecho romano escrito no requería de pruebas; *iura novit curia* (el tribunal conoce

el derecho). Notemos, empero, que el derecho consuetudinario no quedaba amparado por este principio.

Para la práctica jurídica, esta materia probatoria era de fundamental interés. Aun teniendo todo el derecho de su parte, en caso de conflicto, se tenía que comprobar; y, si uno no lo conseguía, se encontraba en la misma situación de la que no tenía ningún derecho. “la prueba es el principio por el cual en un proceso puede cada uno obtener la eficacia de sus derechos”.

A pesar de la importancia de esta materia, aun en tiempos clásicos tanto la legislación como la *iuriusprudencia* descuidaron este tema. En cambio, desde fines de la república la literatura profesional sobre la retórica ya analizaba algunos aspectos del procedimiento probatorio, establecido por ejemplo, clasificaciones de los medios probatorios.

En cuanto al *onus probandi* (la carga de la prueba), la regla *negativa non sunt probanda* (no hay necesidad de probar hechos negativos), que ha tenido tan indeseables consecuencias en la historia del procedimiento probatorio, no era de derecho romano propiamente dicho ni tampoco de derecho bizantino, sino producto de la Edad Media. En el derecho romano encontramos la regla de que el actor debía comprobar los hechos en que fundaba su acción; y el demandado, los hechos que justificaban su excepción, lo cual da lugar a las máximas “el actor tiene la carga de la prueba” y “el demandado se convierte en actor por lo que se refiere a la prueba de la excepción” (*reus in excepcióne actor est*, o sea: el demandado ocupa en relación con la excepción la misma posición que el actor en relación con la acción).

Esta distribución correspondía a un principio teológico: se repartía la carga de la prueba, según la mayor posibilidad de cada parte de aportar el material probatorio y según el interés que tenían las partes en las pruebas. Sin embargo, en el derecho romano existían algunos casos, en que se producía una inversión

de la carga probatoria; conoceremos un ejemplo en *la exceptio pecuniae non numeratae*.

El derecho romano clásico no nos presentaba un sistema de pruebas tasadas ni un sistema libre, sino una mezcla de ambos principios. Así, veremos que la prueba testimonial era siempre inferior a la documental pública; pero que, en la mayoría de los casos, se dejaba el valor de las pruebas a la libre apreciación del juez, sin que éste quedara obligado a observar cierta jerarquía entre ellas.

De acuerdo con el principio dispositivo, el *iudex* no podía exigir el desahogo de pruebas no ofrecidas por las partes.

Las pruebas que conocía el derecho romano eran:

1. Documentos públicos y privados, cuya importancia crece, en perjuicio de la prueba testimonial, a medida que progresa la orientalización posclásica.
2. Testigos, la prueba preferida en tiempos clásicos. La regla de *testis unus, testis nullus* es de Constantino y no existió en la fase formularia. No estaba obligado el *iudex* a ponerse del lado de la mayoría de los testigos; debía pesar, no contar. Adriano recomendaba “fijarse más en el testigo que en el testimonio”.

En materia civil, no existía el deber del ciudadano de hacer declaraciones testimoniales sobre lo que les constara. Solo si alguien se había prestado a ser testigo de algún acto jurídico, después no podía negarse a declarar al respecto, ante la autoridad judicial.

3. El juramento. No era una prueba decisiva; el juez podía libremente darle el valor que quisiera, con la excepción siguiente: la parte a la cual el adversario hubiera impuesto (“deferido”) el juramento, podía devolver (“referir”⁹) el juramento. Si entonces la parte contraria se negaba a jurar, perdía el proceso.

Desde luego, quien prestaba un juramento falso incurría en graves sanciones.

4. La declaración de una parte, hasta donde coincida con las afirmaciones de su adversario (*confessio*), considera a menudo como la “reina de las pruebas”.
5. Peritaje. Este existía no solamente en cuestiones de hecho (agrimensores, grafólogos, médicos, etc.), sino también de derecho y sabemos que, desde Adriano, el juez debía inclinarse ante la mayoría de las opiniones de los jurisconsultos investidos del *ius publice respondendi*.
6. La fama publica,, mencionada en una obra de Quintanillo
7. Sobre la oratoria, como una de las pruebas del proceso romano. Cuando algo era de fama pública, ya no había necesidad de ofrecer testimonial; por tanto, *notoria non egent probatione*.
8. Inspección Judicial.
9. Presunciones humanas o legales, (que son auténticos medios probatorios, dogmáticamente hablando). Las presunciones legales pueden ser *iuris tantum* (admitiendo prueba en contrario) o *iuris et de iure* (no admitiendo tal prueba).

Obsérvese que no encontramos en las fuentes el juicio de Dios, la ordalia, tan frecuentemente utilizada en la Edad Media. El análisis histórico demuestra, empero, algunos recuerdos de esta “prueba” en *la consertio manum de la legis actio sacramento*.

Tampoco encontramos en el derecho clásico o bizantino el sistema medieval de los conjuradores que corroboraban la buena reputación de una de las partes, haciéndose responsables ante Dios de su buen derecho o inocencia,

aunque no hubiera presenciado los hechos en cuestión. En vez de ser testigos que decían lo que sabían, estos conjuradores eran como fiadores morales, que arriesgaban la salvación de su alma al manifestar su propia convicción, no apoyada en hechos concretos que conocieran personalmente, sino en la impresión general que tuvieran de una de las partes.³³

4.7. LA PRUEBA PERICIAL A TRAVES DE LOS AÑOS.

Es sumamente interesante observar que en la doctrina antigua no se mencionaba siquiera a esta que es la prueba por antonomasia.

La curia, desde luego califico algunas pruebas como plenas: la inspección ocular, la confesión de la parte, el juramento decisorio en pleito a que se le da también el nombre de estimatorio, la declaración de testigos, y la escritura y documentos publico y reconocidos; posteriormente hace lo mismo con las llamadas semiplenas: el instrumento privado, la declaración de un solo testigo, la confesión extrajudicial, el cotejo de letras, la fama pública, el juramento supletorio y las presunciones.³⁴

Si bien es verdad que ya en roma se conocían los agrimensores, que eran los encargados de delimitar las tierras que los cónsules distribuían entre los legionarios, y que en España se utilizaban los servicios de las comadronas para constatar el embarazo, en realidad la prueba pericial, durante muchos años, fue mirada con poco favor y hasta las leyes de partidas prohibían estas diligencias en ciertos casos, como en la comprobación de las firmas en los documentos privados.

Es necesario en efecto, remontarse hasta la ordenanza francesa de Blos, de 1579, para encontrar la primera regulación de la diligencia pericial como medida probatoria. Pero, en esa época, en virtud del principio de enagenabilidad

³³ MARGADANTS Guillermo, “*Derecho Romano*” p. 167 a 170. Ed. Esfinge S.A. de C.V.

³⁴ BRISEÑO SIERR, Humberto, “*El Juicio Ordinario Civil*”, Ed. Trillas, México, 1980, p. 745.

de los cargos, la designación de perito sólo podía recaer en quienes tuviesen derecho a desempeñarlo, y recién con la ordenanza de 1667 reconoció al juez y a las partes la facultad de elegirlos entre toda clase de personas, sin esta restricción.

La especialización de las ciencias, las artes y las industrias, estableció, sin embargo, nuevas limitaciones a favor de quienes poseyeran título profesional, pero, al mismo tiempo, la exacta determinación del carácter de sus funciones disminuyó su eficacia probatoria, al asignar a los peritos una función de asesoramiento.³⁵

La ordenanza francesa en 1667 establecía que cada parte gozaba del derecho de nombrar un perito de su confianza y, en caso de discordia entre los peritos, designarían a un tercero de común acuerdo o en su defecto sería designado por el juez.³⁶

Criticando esta disposición decía Bellot. “la costumbre que se observa para la designación de los perito en la antigua práctica ginebrina y francesa y que se sigue aún en el último país, era fundamentalmente viciosa. Cada parte elegía un perito, del que estaba seguro, y cada perito defendía ciegamente los intereses de quien lo había designado.

Los peritos se reunían no tanto para ilustrarse del asunto, como para evidenciar la diversidad de opiniones en que de antemano se hallaban. Establecida en el acta esta disparidad, se volvía a la audiencia a los efectos de la designación de oficio de un tercer perito, quien actuaba de nuevo con los dos primeros y el dictamen se emitía a pluralidad de votos”.

³⁵ ALSINA Hugo, “*Derecho Procesal*”, Juicio Ordinario T. II

³⁶ Id.em.

Con la sanción del código de Procedimientos Francés en 1806, el régimen para la designación vario fundamentalmente, pues en los términos de los artículos 303, 304 y 305 resulta que ella debe recaer en tres peritos a menos que las partes convengan en designar uno solo, y que la designación debe hacerse de común acuerdo bajo apercibimiento de nombrarse de oficio por el tribunal.³⁷

En éste el principio seguido en la ley de Cantón de Ginebra, el cual, con mas precisión, dispone en su artículo 215: “los peritos serán nombrados de oficio, a menos que las partes se pongan de acuerdo antes de la audiencia sobre su designación”.

Otros códigos como el Belga, disponen que los peritos deben ser siempre designados de oficio. Comentando esta disposición dice Allard: “El proyecto prescribe la designación de peritos por las partes. Esta designación no ha producido jamás buenos resultados, por que poco a poco se ha vuelto a las prácticas viciosas del antiguo régimen. Aun cuando el propósito formal de código era exigir la conformidad unánime de las partes, en la práctica cada uno designaba el suyo y el juez un tercero, resultando que aquellos se convertían en defensores de las partes, y el juez quedaba ligado así al perito por él designado.”³⁸

El reglamento Austriaco prescribe que el juez nombrará uno o más peritos después de oír a las partes sobre su persona. El antiguo código italiano establecía en su artículo 253 que las partes designarían de común acuerdo uno o tres peritos o en su defecto la designación la haría el juez, pero el nuevo código autoriza al juez (arts. 61, 191 y 259) a designar, cuando lo estime necesario, un consultor técnico que lo asista para el cumplimiento de algunos actos o durante todo el proceso, debiendo la designación hacerse, normalmente, de entre personas inscriptas en matriculas especiales; las partes podrán también designar cada una

³⁷ MOREL p. 359

³⁸ ALSINA, Hugo, “Derecho Procesal, Juicio Ordinario Civil, T.II”.

un consultor técnico para intervenir en las diligencias a practicarse, integrando la función del defensor. (art. 201).³⁹

La ley de enjuiciamiento civil española de 1855 dispuso, que cada parte nombrará un perito, a no ser que se pusieran todos de acuerdo en la designación de uno solo y que cuando los peritos discordaren el juez lo hará saber a las partes para que designen de común acuerdo al tercero, haciéndolo, en caso contrario, por sorteo (art. 303, inc. 1º y 8º). Por la nueva ley de 1881 la designación debe hacerse de común acuerdo, recayendo en uno o tres en su defecto se ara de oficio (art. 606)

La ley española prevenía que la parte que promoviera la prueba, lo ratificara por escrito designando con claridad y precisando el punto o puntos sobre que quiera que recayera el reconocimiento pericial. Como consecuencia de ello se formaba un incidente que él tenía que resolver, determinando si el reconocimiento era pertinente y debía de hacerse por uno o tres peritos, números que se exigían para evitar contradicción entre peritajes o empate entre los mismos. Parecía mas acertado este camino que dejar al arbitrio del promovente echar mano de la prueba aun cuando tal vez no fuere procedente.

Cada parte nombraría un perito, a no ser que se pusieren de acuerdo a la designación de uno solo. Si fueren más de dos los litigantes, nombrarían un perito los que sostuvieren las mismas pretensiones, y otro los que las contradijeren. En los casos en que los litigantes tuvieran un representante común, éste nombraría al perito. Si los que debían nombrar un perito no pudieren ponerse de acuerdo el juez designara uno de entre los propuestos. Al hacerse el nombramiento, las partes de acuerdo nombraran un tercero para el caso de discordia. Si las partes no se pusieren de acuerdo, el nombramiento seria hecho por el juez. El nombramiento de lo peritos y el del tercero, se harían dentro de los tres días

³⁹ CARNELUTTI, "*Pruebas Civiles y pruebas Penales, estudios, T. II*" n 8 p. 118.

siguientes a aquel en que surta efectos la notificación del auto respectivo. Estas disposiciones no regían en inventarios y peticiones, en los que se observarían las reglas especiales contenidas en los capítulos 6 y 8 del Título 5 Libro 4 del Código civil. Tal técnica fue adoptada por la ley mexicana, aun que en España sufriera modificaciones, ya que no nombraba un perito cada parte ni había terceros para dirimir discordias.⁴⁰

Cabe mencionar lo argumentado por Mateos Alarcon en su edición de 1971, indica que el dictamen tendrá lugar en los asuntos relativos a alguna ciencia o arte y en los casos en que expresamente lo prevengan las leyes. El propio Mateos Alarcon critica el precepto por que llaman a la prueba como se hacia bajo el imperio de la normatividad antigua, y precisa que el juicio empleado ahora es un termino que produce lamentables confusiones. Pero no es feliz en su conclusión, por que apoyado en Cervantes, indica que el juicio de peritos aparece cuando el juez lo confía a los técnicos, lo que manifiestamente nada resuelve y por ello, el mismo autor indica que no juzgan sino que dictaminan científicamente.⁴¹

Como sea, el autor concluye indicando que se trata de un dictamen de persona versada en la ciencia, arte (técnica) u oficio, con el fin de ilustrar a los tribunales sobre un hecho cuya existencia no puede ser confirmada sino por medio de estos conocimientos; o bien un medio de descubrir la verdad la verdad de un hecho y la manera especial de su confirmación, deducida de los fenómenos visibles de él o de sus efectos.

Este dictamen consta de dos partes: la declaratoria de una verdad técnica y una aplicación de ella al hecho propuesto, fundada en el análisis de los fenómenos producidos por él. De donde se infiere que los tribunales no pueden autorizar a los peritos para resolver las cuestiones sobre las que son consultadas, ya por que carecen de facultad para delegar la autoridad de que se hayan investidas, ya por

⁴⁰ BRISEÑO SIERRA Humberto, “*El juicio Ordinario Civil*”, Ed. Trillas, México, 1980, p. 745.

⁴¹ Idem.

que los peritos son nombrados tan solo para ilustrarlos sobre cuestiones de hecho y no de derecho, reservadas exclusivamente por las leyes a los mismos tribunales, aplicando los preceptos de éstas a los casos controvertidos, sujetos a su decisión.

Tal es el motivo por el cual no se obliga a los jueces el dictamen del perito, fuera de los avalúos y debe ser calificado por el tribunal según las circunstancias, o sea, que solo hacen fe si así lo creen procedente los jueces, en cuanto han producido convicción en su ánimo.

Ni en Roma ni en la vieja legislación se encuentra un sistema completo que reglamente la pericial, dice el autor, por mas que se hallen leyes dispersas sobre la materia. Así, antes de la expedición del primer código procesal mexicano, la prueba se regia por las doctrinas de Antonio Gómez, Hermosillo, tapia, etc. La jurisprudencia y todas las normas esparcidas en diversas leyes.- del mismo defecto adolecían las legislaciones europeas, hasta que Francia, según unos autores, o Italia en opinión de otros, ocurrieron a reglamentar la pericial y establecieron la diferencia con la testimonial.

En efecto para Mateos Alarcon, los peritos se diferencian de los testigos en que éstos declaran sobre la existencia de los hechos de los cuales se han podido hacer cargo por medio de los sentidos y los peritos sobre su estimación. Se recurre a las declaraciones de los testigos para confirmar la materialidad de los hechos y a los peritos cuando la verificación de los hechos de los cuales se han podido hacer cargo por medio de los sentidos y los peritos sobre su estimación, se recurre a las declaraciones de los testigos para confirmar la materialidad de los hechos y a los peritos cuando la verificación exige conocimientos técnicos o cuando constando la existencia, hay necesidad de conocer la naturaleza de los hechos, sus cualidades, que demandan la aplicación de la ciencia.

4.8. PERITO, PERICIAL, CONCEPTO Y DEFINICION

Doctrinariamente es conveniente establecer las diferencias entre perito y testigo: El testigo declara para probar hechos que ha visto, que ha presenciado, mientras que el perito opina sobre las cuestiones que se le plantean. El testigo funda su hecho en conocimientos vulgares, apreciables por los sentidos, en tanto que el perito funda su dictamen en los conocimientos especializados que tiene en el arte o ciencia sobre los que se le interroga. A los testigos los nombran las partes, sin que, por regla general, la voluntad del juez intervenga en su nombramiento; los peritos, también son designados por las partes, requiriéndose que el juez apruebe la designación.

“Dado el carácter colegiado de la prueba pericial, si sólo dictaminó un perito que no fue designado de común acuerdo por las partes, la prueba no se perfeccionó y por tanto carece de valor probatorio pleno”.

Se llama perito la persona que poseyendo conocimientos teóricos o prácticos informa, bajo protesta, al juzgador sobre los puntos litigiosos, en cuando se relaciona con su particular saber y entender.

En los términos de los artículos 162 y siguientes de la Ley Orgánica de los Tribunales Comunes, el ejercicio pericial es una función pública, en la que para desempeñar el cargo se requiere, ser ciudadano mexicano, con buenos antecedentes de moralidad y conocimientos en la ciencia o arte sobre el que haya de versar el peritaje; solo en casos precisos como cuando no hubiere peritos

mexicanos, podrán designarse extranjeros, quienes para cumplir con su cargo, deberán someterse expresamente a las leyes mexicanas.

El Tribunal Superior de Justicia, debe formar anualmente la lista de peritos, según los ramos de los conocimientos humanos (artículos 167 para que de listas elijan los jueces los que fueren necesarios, cuando sea a ellos cuando corresponda hacer el nombramiento)

Este capítulo, es de suma importancia, saber cual es el concepto que se tiene de las palabras “**perito**” y “**pericial**” ya que para la gente común, es usado como sinónimo de sabio, experto, técnico, práctico, hábil, diestro, competente, por lo que considero de importancia, saber el significado que se le ha dado en nuestro lenguaje, por lo que a continuación transcribo diversos conceptos y significados que se le ha dado a la palabra perito y pericial:

El diccionario Jurídico Espasa nos define:

“PERITO.

Persona que posee conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en un proceso o adquirir certeza sobre ellos. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito (art. 335 L.E.C. de 2000, V. también art. 456 de la L.E.Cr.). [P.S.R.]”⁴²

⁴² DICCIONARIO JURIDICO Espasa Calpe S.A.

PERITO, TA. Adj., Sabio, práctico, versado en un arte o ciencia: perito en materia de vino (SINON. V. DIESTRO) M. Persona autorizada legalmente para dar su opinión acerca de una materia: consultar un perito mercantil.⁴³

Según Alsina, el perito es un técnico que auxilia al juez en la constatación de los hechos y en la determinación de sus causas y efectos, cuando media una posibilidad física o se requieran conocimientos especiales en la materia.⁴⁴

Alsina sostiene que los peritos son colaboradores del juez para conocer mejor los hechos cuya comprobación o calificación requieren conocimientos científicos o técnicos.

De lo anterior, debemos presumir que esta persona debe destacar en una cierta cualidad, que lo diferencia de las demás personas ordinarias, ya sea por tener cierta capacidad, conocimiento, destreza etc.

Ahora bien, debemos entender que la prueba pericial, es aquella que se ofrece con la finalidad de dar a conocer ante el juez, un hecho, acto o acción que no puede ser emitida por la gente común y cualquiera, sino que debe ser emitido por una persona con ciertas cualidades o habilidades de conocimiento sobre un área específica.

Tomando en cuenta lo señalado por el maestro Alsina, el concepto de la prueba pericial, debe de entenderse de la siguiente manera:

a) No siempre el juez se encuentra en condiciones de conocer o apreciar un hecho por sus propios medios, sea por que no se halle al alcance de sus sentidos, sea por que su examen requiere aptitudes técnicas que solo proporcionan determinadas disciplinas, ajenas a los estudios jurídicos. Ello los obliga a recurrir

⁴³ PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO, Ed. Porrúa, México 1995, p. 791.

⁴⁴ ALSINA Hugo, "*Derecho Procesal*", Juicio Ordinario T. II

en esos casos, al auxilio de personas especializadas que reciben el nombre de peritos; y la diligencia que con su concurso se practica constituye la prueba pericial.

b) Los peritos, en efecto, pueden ser llamados para comprobar un hecho cuya existencia se convierte, limitándose entonces a efectuar la comprobación sin emitir opinión sobre la circunstancias que le rodean o bien para determinar las causas o efectos de un hecho admitido por las partes, pero de las cuales ellas controvierten. Ordinariamente, sin embargo, desempeñan ambas funciones, es decir, que no solo ayudan al juez a comprobar el hecho, sino también a apreciarlo.

c) Se trata, por consiguiente, de simples colaboradores cuya misión consiste en salvar una imposibilidad física o en suplir una insuficiencia técnica del tribunal. No cabe duda que la medición de un fundo es una diligencia que el juez puede efectuarla personalmente, pero que le obligaría a abandonar la sede del tribunal para trasladarse al lugar en que aquél se encuentra ubicado; y es preferible entonces que la encomiende a quienes, por sus conocimientos y condiciones personales, se hallan habilitados para realizarla, como son los agrimensores. La determinación del estado mental de una persona exige conocimiento de que el juez carece habitualmente por la índole de sus estudios, lo cual le obliga a asesorarse por quienes poseen esos conocimientos, o sea, los médicos. Pero, en cualquiera de los dos casos, el perito es un simple intermediario en el reconocimiento judicial: el lente a través del cual el juez percibe ciertos hechos que su visión normal no alcanza

d) De ellos se deducen dos consecuencias fundamentales. En primer lugar que no se trata en realidad de una prueba, aunque el código así lo denomine, sino de un medio para la obtención de una prueba, desde que solo aporta elementos de juicio para su valoración. La prueba está constituida por el hecho mismo, y los peritos no hacen sino ponerlo de manifiesto. Por ejemplo, en la prueba por libros de comerciantes, los peritos no tienen otra función que constatar la existencia de

los asientos que las partes invocan en sus afirmaciones. La prueba resulta de los asientos en los libros, y el medio de ponerlos frente al tribunal es la compulsión de libros que los peritos contadores realizan. En la insania los peritos comprueban la existencia de ciertos hechos que denuncian la presencia de un estado mental determinado y emiten su opinión sobre sus causas y efectos probables. Pero, en definitiva, y ésta es la segunda consecuencia, quien va a apreciar el mérito de la prueba es el juez, pudiendo por ello, como vamos a verlo, apartarse de las conclusiones de los peritos bajo determinadas condiciones.

e) El examen pericial puede ser decretado de oficio por el juez, en uso de la facultad que le confiere el artículo 21 de la ley 14.237 para ordenar diligencias de prueba para mejor proveer, o bien a pedido de cualquiera de las partes. Se trata de una prueba individual que cada litigante puede ofrecer con el control de su adversario, pero que puede convertirse en común cuando uno de ellos se adhiere en tiempo a la solicitada por el otro, lo cual lo habilita para proponer a su vez, para el examen, nuevas cuestiones vinculadas al mismo objeto. La prueba no se convierte en común, entonces, por el hecho de que el litigante designe peritos para intervenir en la diligencia propuestas por su contrario, ni esta circunstancia le permite proponer nuevas cuestiones si no se adhiere en tiempo a ella. De aquí que ambas partes puedan solicitar individualmente un examen pericial aunque sea con el mismo objeto, sin perjuicio de convertirlo en común, adhiriéndose a la ofrecida por su contraria o pidiendo que se practiquen en el mismo acto.

f) El examen pericial solo tiene valor cuando se practica judicialmente. La práctica extrajudicial carece de eficacia probatoria, a menos que sea ratificada, y en este caso vale como prueba testimonial. De cualquier manera debe ser estimada con reserva en razón de su mismo origen.⁴⁵

⁴⁵ ALSIN, Hugo, *“Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y de Comercial”*. Buenos Aires, Ed. Esiar Soc. Anon. Editores, 1958, t III pp. 4 471 a 474.

El maestro Alsina, nos comenta que la diligencia pericial no constituye por si misma un medio de prueba, sino un procedimiento para la constatación de un hecho ofrecido como prueba o destinado a aportar elementos de juicio para su apreciación. Por consiguiente, no puede versar sobre hechos que el juez esta en condiciones de constatar personalmente mediante la inspección ocular o de apreciarlos sin que para ello se requieran conocimientos especiales El derecho no puede ser materia de una pericia, por que su aplicación es un acto de jurisdicción y constituye la esencia de la función judicial,. Cuando los hechos sean de distinta naturaleza, cada uno de ellos debe ser objeto de una diligencia independiente.

Carnelutti indica que la pericia judicial consiste en la declaración que contiene la indicación al juez de una regla jurídica es rara en la practica, por que el juez puede adquirir sus conocimientos mediante el examen de documentos que acrediten su existencia, como el examen de la ley o las costumbres extranjeras; pero en España se utiliza mucho el informe de profesionales y autores especializados.⁴⁶

López Portillo, comenta que la prueba pericial consiste en el dictamen o juicio de personas inteligentes, sobre el origen, naturaleza y resultados de un hecho, para cuya apreciación se requieran de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte u oficio. Los que lo dan, afirma el autor, proceden como testigos en cuanto deponen sobre hechos ajenos a su interés personal, y que han de influir en la resolución del pleito y a la vista y con intervención de las partes, el examen de los hechos sobre los que se pide su testimonio, dictámenes es la palabra correcta.

El dictamen pericial, participa pues de la naturaleza del testimonio y del reconocimiento, pero no puede asimilarse por completo a ninguno de los dos, ya que los testigos deponen casi de memoria sobre hechos de conocimiento vulgar mas o menos eventual y remoto, adquirido extrajudicialmente, mientras que los otros dependen sobre hechos presentes, cuyo conocimiento adquiere mediante un

⁴⁶ CARNELUTTI, "*La prueba civil*", p. 85, nota 156

examen real y directo, practicado con su ejecución a los principios o reglas de una ciencia o arte, y con el carácter de una actuación judicial.⁴⁷

Existe otra diferencia predominante, de que en la testimonial los hechos se consideran bajo su aspecto externo y atendiendo a su conexión con el agente; en la pericial los hechos se consideran en si mismos, atendiendo mas que a la demostración de su existencia, a la apreciación de su carácter y a la determinación de su naturaleza, causas, alcances y consecuencias. El dictamen pericial y el reconocimiento hecho por el juez se distinguen en que el último consiste en que el juez vea por si los hechos, mientras que con el dictamen solo se le suministran datos para su apreciación y lo que se le muestra no son los hechos sino la descripción de ellos hecha por los peritos y los fundamentos en que se apoyan para la apreciación.

Los peritos adquieren conocimientos como el juez en el reconocimiento y lo exponen como testigos expertos en la materia. Al reunir estos datos, la prueba pericial convierte a los dictaminadores en auxiliares del tribunal, y podría decirse que es una especie de reconocimiento judicial, practicada sobre datos que suministra el tribunal a personas entendidas, que a la vez, lo asesoran respecto de las mas acertada apreciación.

El dictamen, agrega López portillo, tendrá tanto mas valor cuanto sea mas convincente, habrá de aceptarlo, porque coincidirá su apreciación con la de los dos peritos, pues lo que se busca al pedirles su dictamen no es un fallo que separe aquella cuestión del conocimiento del juez y que se la den resuelta, sino una ilustración de la materia, para que pueda resolverla por si mismo, con mayor facilidad y mas garantías de acierto. Se observa cómo se entremezclan directrices jurídicas con situaciones insostenibles, pues si bien el dictamen no es sentencia, el juez solo puede entender que hay error en la apreciación cuando otro perito demuestre lo contrario del primero y con argumentos científicos o técnicos

⁴⁷BRISEÑO SIERRA Humberto, “*El juicio Ordinario Civil*”, Ed. Trillas, México, 1980, p. 745

irrebatibles por éste. Pero el juez no es perito y no puede desechar por que no le convenza lo que dictamine un experto por mas que esté facultado para no aceptar la prueba por la ley misma, o para confrontarla y aún exigir que los peritos discutan ante él los fundamentos y bases de sus tesis, de manera que pueda normar su criterio. Pero el juez que se inclina por un dictamen no lo hace en virtud de sabiduría sino de ponderación, previa audiencia bilateral.

Entre el dictamen pericial y el reconocimiento hecho por le juez, existe la diferencia de que el reconocimiento permite ver por si los hechos, mientras que con el dictamen solo se suministran los datos para una apreciación, y lo que se entrega al juzgador no son los hechos mismos, sino la descripción de ellos hacen los peritos y los fundamentos en que estos se apoyan para estimarlos en sentido determinado.

Los peritos adquieren conocimiento de los hechos como el juez y lo exponen como testigos expertos en la materia. La libertad del juez en la apreciación no exime a los peritos, sin embargo, de la responsabilidad que les impone su cargo. Al aceptarlo se obligan a desempeñarlo fielmente y adquieren un carácter en cierto modo público, como auxiliares de la administración de justicia, que les impone deberes más estrechos que los correspondientes a los testigos y cuya infracción se castiga con mayor rigor.

Sus declaraciones son escritas o verbales, pero deben ser siempre razonadas y concretas a los puntos cuyo examen les haya sido encomendado, sin que puedan consignar en ellas otros hechos más que los que resulten infalibles aun que por otros medios puedan ser conocidos, ni consideraciones legales, pues todo lo relativo a la apreciación e interpretación de las leyes, corresponde exclusivamente al estudio que el tribunal debe hacer para fallar el pleito, así como el alegato pertenece a las partes.

Ahora, veremos la definición que nos da el maestro Eduardo Pallares, en el Diccionario de Derecho Procesal Civil, en el que indica:

PERITO: Carnelutti dice que la doctrina corriente distingue al testigo del perito, fundándose en que el primero sólo narra hechos y el segundo formula juicios sobre los hechos controvertidos, es falsa, por que la declaración de los testigos se basa forzosamente en juicios elaborados por ellos, que no por carecer de carácter técnico, dejan de ser juicios. Según él, lo que debe diferenciar a las dos clases de pruebas, es lo siguiente: “el perito es un sujeto, el testigo es un objeto del proceso; el uno y el otro proporcionan al juez noticias, pero el origen de estas es diverso: la ciencia del perito se forma en el proceso, y la ciencia del testigo fuera del proceso, en el sentido de que primero actúa para lograrla en cumplimiento de un encargo del juez y el segundo sin encargo alguno.”⁴⁸

Nuestro máximo tribunal ha señalado que la prueba pericial es un encargo, por parte del juez a un tercero, en virtud de sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante el cual dictaminan y demuestran ciertos hechos cuya percepción o entendimiento se escapa a las aptitudes del común de la gente, tal y como se desprende de las siguientes tesis jurisprudenciales que indican:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Octubre de 1999

Tesis: VIII.1o.31 K

Página: 1328

PRUEBA PERICIAL, NATURALEZA DE LA. La doctrina, siendo coincidente con la esencia de las disposiciones legales que regula la institución de la prueba por peritos o peritación, ha sustentado que ésta (la peritación), es una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al Juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya

⁴⁸ PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa S.A. México. 1994.

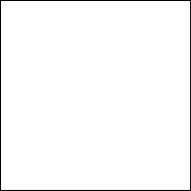
percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de la gente; su función tiene indispensablemente un doble aspecto: a) verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del Juez y de la gente, sus causas y sus efectos; y, b) suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar la convicción del Juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente. Igualmente al abordar el tema de la argumentación del dictamen, se ha expresado que así como el testimonio debe contener la llamada razón de la ciencia del dicho, en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al Juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable. En ese contexto de ilustración, se conoce que la prueba pericial, resulta imperativa, cuando surgen cuestiones que por su carácter eminentemente especial, requieren de un diagnóstico respecto de un aspecto concreto o particular, que el órgano jurisdiccional está impedido para dar por carecer de los conocimientos especiales en determinada ciencia o arte, de manera que, bajo el auxilio que le proporciona tal dictamen se encuentra en posibilidades de pronunciarse respecto de una cuestión debatida, dando, por cuanto a su particular apreciación, una decisión concreta; si lo anterior es así, es entonces evidente, que para que un dictamen pericial pueda ser estimado por la autoridad, debe ser auténticamente ilustrativo, pues lo que en él se indique ha de ser accesible o entendible para la autoridad del conocimiento, de manera que eficazmente constituya un auxilio para dicho órgano resolutor.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 818/98. Manuel Martínez Riojas. 9 de septiembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Rocca Valdez, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretaria: Sanjuana Alonso Orona.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XII, Julio de 1993
Página: 274



PRUEBA. NATURALEZA Y OBJETO JURIDICOS DE LA. Los hechos, siempre, y las pruebas, en su normalidad, preexisten a la contienda judicial, en su generalidad; en ésta, lo que ha de probarse, lógicamente, son las afirmaciones de las partes sobre hechos preexistentes, mediante pruebas, coexistentes o también preexistentes a esos, pero siempre preexistentes al juicio. No han de confundirse, pues, las pruebas testimoniales y los careos constitucionales con las documentales y sus ratificaciones ministeriales, en tanto que unas y otras, aunque en ellas intervengan las mismas personas y se refieran al mismo punto, son autónomas y de naturaleza jurídica diversa, debiendo apreciarse, en su valoración, los principios procesales de inmediatez y espontaneidad, esto es, el tiempo y el modo en que han sido producidos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 44/93. Hermelo Gómez Ramales. 19 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Pedrero Rodríguez. Secretario: Carlos Gregorio Ortiz García.

CAPÍTULO QUINTO
PRINCIPIOS PROCESALES

5.1.- PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Con arreglo al artículo 14 constitucional y 21 del Código Civil, los principios Generales del Derecho son una fuente de derecho procesal cuando el caso en litigio no puede resolverse por interpretación literal o doctrinal de la ley. Mucho se ha escrito sobre la naturaleza jurídica de dichos principios, y en la traducción del Tratado de derecho civil de Enneccerus, los jurisconsultos españoles Blas Pérez González y José Alguer, resumen las doctrinas formulas a este respecto en la siguiente forma: “frente al primer problema (¿que se entiende por principios generales del derecho?) nuestros tratadistas acusan dos tendencias fundamentales: filosófica una, sosteniendo que los principios generales del derecho consagrados por el artículo 6 del Código Civil son los principios superiores de justicia radicados del Derecho positivamente establecidos por el legislador y por la costumbre, y positivista la otra que, desconfiando de la dirección iusnaturalista, centra los principios generales en aquellos que informan el sistema de nuestro derecho positivo... Si partimos del extremo del artículo 6 del Código Civil nos percatamos seguidamente del alcance de su “*ratio legis*” y podremos establecer, sin temor de error, que el legislador ha querido una solución jurídica para todo caso que pueda plantearse en la realidad de la vida. Ha querido una solución a toda costa y, por ello, ha prohibido al juez el dejar de darla. Ha querido a la vez, que la solución sea jurídica, es decir, derivada de una norma susceptible de igual adjetivación, y, por ello, creyendo que en algún caso la ley y la costumbre pudieran ser insuficientes y que ante sus lagunas se entronizase el puro arbitrio, ha remitido al juez a una norma que abarcase a todas, absolutamente todos, los casos posibles que carecieran de respuesta adecuada en la ley y en la costumbre. Los principios generales del derecho son, pues, una expresión que ha de interpretarse en el sentido de máxima amplitud posible para que no quede fuera de ella ningún caso de derecho. Si observamos cualquier ordenamiento jurídico, medianamente desarrollado, sorprenderemos en el normas particulares y normas generales. Pero estas dos categorías no suponen un dualismo tajante sobre una y otra, pues no puede decirse de ninguna norma o principio que sea exclusivamente

particular o exclusivamente general, sino que un mismo principio puede ser particular con relación a un principio mas general, y ser principio general frente a otro más circunscripto; de suerte, pues, que desde el principio mas general inimaginable, desde el principio supremo de justicia hasta la norma particularisima mas concreta y menos comprensiva, los matices son infinitos, inagotables. Si consideramos la apelación del legislador a los principios generales del derecho y al lugar que les asigna como fuente del derecho, obtendremos la consecuencia de que, expresamente al menos, solo un limite pone a su aplicación: que no estén en desacuerdo o contraste con las normas generales o particulares de la ley...

Seria una afirmación gratuita e indemostrable la de que el procedimiento análogo (la aplicación de la ley por analogía) tiene que agotar con solución satisfactoria todos los casos posibles. Entonces como ningún antecedente obliga a interpretar la expresión “principios generales del derecho” en sentido de exclusión de los principios de justicia, el juez habrá de elegir entre todas las reglas posibles la mas racional o sea la del derecho justo. La preocupación de los defensores de la tesis positivista no tiene sentido frente a la doctrina que sostenemos, por cuanto aquellos temores han de desecharse, si se tiene en cuenta que la aplicación de los principios generales del derecho “justo”, solo puede tener lugar cuando se ha agotado en vano la investigación del sistema positivo, y, además, a condición de no contradecir las ideas fundamentales de la ley, traer necesariamente del derecho positivo una solución que éste no pueda dar: había entonces que inventar el enlace de la solución con el derecho establecido y éste solo se lograría a base de sofismas. La doctrina positivista, en su afán de salvaguardar el respeto a la ley, solo alcanzará en ocasiones una vulneración de la misma, por que vulneración es arrancar al legislador lo que no dice ni la letra ni el espíritu de la ley.

En síntesis que los jurisconsultos españoles que tradujeron las obras de Enneccerus, sostienen como otros muchos, que los principios generales del derecho no son únicamente los que se encuentran reconocidos como normas jurídicas en la ley positiva, sino también los principios superiores de justicia

material del derecho natural, que no estén en pugna con los consagrados en la ley ni menos en los preceptos de esta. La conclusión anterior nos parece muy acertada por que permite al juez impartir justicia en el sentido mas profundo de la palabra.

Recasens Siches trata de esta cuestión en su libro de Filosofía del Derecho (tomo I, pag. 299 a 301), donde dice: “no cabe duda que la ley se remite, en última instancia subsidiaria, a un criterio ideal de estimación tanto en aquellos preceptos en que hace una referencia a la equidad, a las buenas costumbres; a la moral a la razón, al buen sentir, a la justa apreciación, a una recta evaluación – tales son las expresiones, entre otras similares, empleadas en los códigos europeos, en muchos de sus artículos -; como si también cuando establece como fuente del derecho, para los casos no previstos ni en el legislado, ni en el consuetudinario, los principios generales del derecho o un criterio similar”.

Los mas destacados filósofos del derecho están de acuerdo que cuando la ley a falta de disposición aplicable confía al juez la determinación de la regla jurídica individualizada, se remite, en última instancia subsidiaria, a un juicio de valor, a una estimativa jurídica ideal, o lo que es lo mismo a lo que se ah denominado ora criterio ideal de justicia, ora derecho natural, ora principios de la rectitud jurídica, ora normas de cultura, etc.

Y sin embargo, es harto curioso y chocante que en cambio la mayoría de intérpretes de la ley positiva sostienen que ésta al emplear la expresión “principios generales del derecho” no se refiere a un criterio ideal de derecho. Esta opinión es una consecuencia de la ceguera del positivismo para toda investigación que trascienda la experiencia sensible, de su ceguera para todo conocimiento a priori, con lo cual no se daba cuenta de que así venia a destruir incluso la propia esfera positiva - cuyos supuestos necesarios ya no son positivos sino a priori, o sea, independientes de la experiencia -. En esta fuga de todo aquello que representase especulación ideal normativa, gran número de juristas – muchos de ellos

ciertamente ilustres - llegaron a sostener las teorías mas peregrinas en cuanto a la interpretación de cuál sea la última fuente subsidiaria del Derecho. Quien ha dicho que por principios generales del Derecho debía entenderse los del Derecho romano, pero es obvio que tal opinión no puede aducir para su fundamento ninguna razón seria. Otros han sostenido, que por “principios generales del derecho debe entenderse sólo los principios generales del sistema legal positivo (italiano, español, etc.), obtenidos por proceso de generalización creciente de los criterios que informan los distintos preceptos”. Pero esta tesis, si bien en parte puede estimarse correcta pues es evidente que a falta de precepto concreto en la ley se deberá acudir a los principios informales del ordenamiento legal -, en a saber, el caso en que no se pueda encontrar ninguna solución que esté contenida en la ley – o en otras normas formuladas – ni expresa ni implícitamente. Ahora bien, si mediante la analogía se puede regular un caso no expresamente previsto por la ley, pero parejo a otros que lo han sido, entonces resulta que ya la ley positiva contiene implícitamente la solución, y por ende nos hallamos fuere del problema planteado”.

“Lo mismo puede decirse con respecto a la teoría – sostenida por Biding y otros - de que no se trata de la analogía de la ley, sino analogía del derecho, con lo cual significan el tomar como punto de referencia, no una ley, sino el conjunto del orden jurídico positivo. Ciertamente estimo que a falta de precepto expreso en la ley, a falta de solución analógica, a falta de precedente jurisprudencial y a falta de regla consuetudinaria, el juez debe esforzarse en hallar la norma que sea fiel aplicación de los principios informantes del orden jurídico positivo, es decir, la norma que represente una clara consecuencia del espíritu del sistema de derecho vigente. De acuerdo con esta tesis; pero no resuelve el caso que tenemos planteado, que es el caso extremo, por que adviértase que el legislador se refiere a los principios generales del derecho también para los casos en que el ordenamiento legislado y consuetudinario no contenga la solución, con lo cual se supone claramente que tampoco ha podido extraerse ésta por vía analógica, ni por procedimiento de generalización inductiva, que nos dé principios de los cuales

quepa extraer una aplicación concreta a la cuestión litigiosa planteada, la creencia en unos principios de justicia, la idea de un derecho natural o de un derecho nacional, la tendencia hacia un ideal jurídico, ha sido patrimonio de las convicciones tanto individuales como colectivas a través del desarrollo histórico de la humanidad. Y si bien en el siglo XIX algunas escuelas se jactaban de excluir o ignorar esa idea, sin embargo, ella se reafirmaba vigorosamente en la vida, en la política – toda evolución en general implica una creencia iusnaturalista, pero especialmente la Revolución Francesa, magna apoteosis de la fe en el Derecho natural, de la que se derivaron luchas constitucionales del siglo pasado -. Esa misma idea triunfó también en la legislación positiva que recogió las máximas fundamentales del Derecho Natural según la concepción que se tuvo de él en el anterior “periodo de las luces” o “iluminismo” (aufklarung); y domina en la jurisprudencia que constantemente se refiere a ella bajo expresiones varias (“buenas costumbres”, “moral”, “naturaleza de las cosas”, etc.) Es vana, pues, la tentativa de rechazar el criterio de un ideal de derecho; tanto mas – como advierte del Veccio - cuanto que se trata de interpretar sistemas legislativos que han sido elaborados preponderantemente bajo esta convicción. El actual Derecho legislado se ha formado rindiendo culto a unos principios ideales, que ha ido incorporando en mayor o menor proporción a sus textos y a los que ha apuntado intencionalmente el legislador, es obvio pues que cuando el legislador se refiere a los supremos principios del orden jurídico, denota un criterio de estimación ideal, puesto que éste le ha servido a él de estrella polar para la elaboración del derecho formulado. Si examinamos atentamente los sistemas jurídicos contemporáneos de los pueblos de Occidente, veremos como los principios generales que los informan responden a una concepción iusnaturalista, y cómo contienen gran numero de preceptos derivados inmediatamente de ella (los derechos absolutos de la personalidad; la igualdad ante la ley; la obligatoriedad de los contratos; que nadie puede enriquecerse indebidamente a costa de otro; que al que pertenecen las ventajas de una cosa deben corresponderle también las desventajas; la legitima defensa, etc.).”

Según el diccionario Jurídico Espasa, nos refiere respecto a los Principios Generales del Derecho lo siguiente:

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Derecho Civil

«Criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación que, expresados en reglas y aforismos, tienen virtualidad y eficacia propias con independencia de las normas formuladas en el plano positivo»

Su carácter de criterios fundamentales deriva de expresar principios de justicia de valor elemental y naturaleza objetiva. Y su condición de fuente informativa del ordenamiento explica que puedan adoptar peculiaridades, que, sin romper su tónica general y abstracta, disciplinan la estructura jurídica de un determinado grupo humano y social. No son, ciertamente, verdades absolutas, pero su más pura esencia responde a una general aspiración que se traduce, en la órbita jurídica, en una política de desenvolvimiento y realización de su contenido, que es lo que les da utilidad.

Su generalidad y ausencia de concreción explican su formulación y transmisión mediante expresiones no escritas, como ocurre con la ley. Nada impide que un principio se recoja por el legislador (v. gr., art. 1.902 C.C.), pero no es ésta la tónica general, quizá porque la utilidad de los principios deriva de su generalidad.

Su independencia respecto de las normas concretas positivas hacen que informen al ordenamiento sin necesidad de que sean matizados. Singularmente, cuando el legislador se apresta a la labor de organizar normativamente la vida de un país, responde en su esquema y parte siempre de unos principios. Y realizada

la legislación, ahí y aún quedan los principios, que sirven para enriquecer y actualizar, completándola, la norma concreta. Cabe destacar entre ellos: el principio de lenguaje, el *pacta sunt servanda*, el de no poder ir contra los propios actos o el de rechazo del enriquecimiento sin causa.

Nunca, hasta la época moderna, ha sido objetada la existencia de los principios generales del Derecho fuera de la letra de la ley. Históricamente, se explica el fenómeno. En Grecia, concebido el Derecho, y la vida toda, como una manifestación cosmogónica predeterminada por los dioses, no existe obstáculo alguno para distinguir una ley humana de una ley ordenadora del mundo, no obstante aparentes expresiones en contrario. El pensamiento romano, aunque más utilitarista y dando a la ley papel preponderante, admitió en la formación del *ius civile* unos criterios consuetudinarios, tradicionales y de equidad; circunstancia que, aunque derivada de la filosofía griega, no excluye la importancia del reconocimiento dado por los jurisprudentes a la *pietas* y a la *humanitas*. El pensamiento cristiano que se desarrolla en la Edad Media es parte de una visión unitaria del mundo, que extiende un derecho natural a todo el orbe, y será usado como base en las luchas religiosas para justificar cada parte su postura política. Con la codificación francesa, que quiso ser expresión legislativa de la ciencia universal y constante (su grave error) se planteó el problema de la suficiencia de la ley, y, aunque se firmaba ésta como casi plena, se reconocía al juez facultad para, en su defecto, aplicar los principios generales.

Nuestro Código Civil establecía en el antiguo artículo 6.2, que «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del Derecho». Y el actual artículo 1.4 establece que «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

Ahora bien, el artículo 19 del Código Civil vigente indica:

“Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.

De dicha expresión resulta que son dos las funciones asignadas a los principios generales: a) ser fuente subsidiaria, en defecto de ley o costumbre; b) informar al ordenamiento todo, labor que realizan sin perjuicio. A las cuales funciones debe añadirse una tercera, la interpretadora.

Sobre el significado que pueda tener la expresión utilizada por dicho precepto, 1.4 C.C., no parece existir criterio unánime entre quienes se han preocupado del tema, aunque todos los autores parecen resaltar como causa de la oscuridad la propia expresión legislativa, que, después de asignar a los principios su condición de fuente última en la jerarquía normativa, advierte que es «sin perjuicio de su carácter informador». Con ello, podría incidirse en la contradicción señalada por GARCÍA VALDECASAS, de que el principio que informa a la ley no puede servir de contraste de ésta, porque ya existe la ley; objeción que, acertada para el momento en que escribe el autor señalado, no lo parece tanto si se piensa en principios apuntados constitucionalmente (ya como norma máxima de ese rango, ya como principios de constitución y organización de una colectividad). Se ha dicho, igualmente, que si los principios son informadores, a la vez que fuente subsidiaria en defecto de ley y costumbre, informarán solamente a éstas; porque, si bien el ordenamiento se integra por ambas y los propios principios, no tendría sentido que fuesen informadores de ellos mismos; a lo que cabe objetar que hay principios de diversa índole (así, los axiomáticos pueden informar a los sistemáticos).

En la doctrina y jurisprudencia, los principios generales se emplean como instrumentos de cualquier fin. Invocados reiteradamente como freno al poder

legislativo, para reclamar la homologación de la ley por aquéllos, alcanzan su máximo valor; mientras que la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haberles reducido a su menor expresión y relevancia, como solamente subsidiarios de ley y costumbre, porque en cuanto principios informadores, los ha limitado si no estaban recogidos en sus propias sentencias (siendo, así, la jurisprudencia la verdaderamente «informadora», cuando no deformadora, del ordenamiento). Esto es, tanto se les ha subordinado al mandato político, como se les ha empleado para reducir ese mandato. Las corrientes positivistas, proclamándose o no como tales, han preferido la función mínima; mientras que los defensores de un suprapositivismo, afirmándose o no así, han reclamado la función máxima.

Pero, como quiera que planteado así el tema se convierte en cuestión política, sin negar la importancia de tal enfoque, es posible ofrecer un planteamiento técnico-jurídico, conforme al propio sistema organizado por el Código Civil, en otro caso la eficacia del artículo 1.4 C.C. podría remitirse, sin mayor trascendencia, a la que en cada caso fuere deseable fijar.

Ha escrito algún destacado autor que los «principios generales del Derecho hay que concebirlos no ya como el resultado, recabado a posteriori, de un árido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones», sino como sumas de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto de las normas singulares. Vienen considerados no sólo bajo un aspecto dogmático, como criterios, que están en el fundamento de las soluciones legislativas, en la medida en que el Derecho positivo se halla por ellos informado, sino también en su aspecto dinámico como exigencias de política legislativa, que no se agotan en las situaciones acogidas, sino que hay que tenerlas presentes como directrices o instrumentos de la interpretación respecto a los casos dudosos y también como tendencias y orientaciones a seguir en el proceso de la legislación» (BETTI). Y se añada que su carácter de «excedencia de contenido axiológico explica su

configuración, así como fuente normativa concreta y determinada, luego de ley y costumbre, como su carácter de elemento permanente de todo el ordenamiento, pero también como criterios de valor que no sólo y por lo indicado «empujan» al ordenamiento hacia sus máximas metas previsibles y hacia aquellos ideales no alcanzables, sino que también «tiran» del ordenamiento con la misma identidad teleológica».

Desde esta última perspectiva, el problema que plantean los principios es el de su identificación, pues en cuanto corresponden a su función existe el riesgo de una precisión subjetiva inconsistente, o de una unilateralidad ante diversas tendencias de uno u otro signo, lo que reclama evadirse de las normas y remitirse a su propia fuente, y «así se vuelve arduo problema de las relaciones que interceden entre sociedad y Estado en cuanto a la producción del derecho, problema que a su vez sugiere la comparación entre la sociedad que se considera y la otra sociedad políticamente organizada». Es cada situación histórica la que permite identificar y determinar los principios imperantes en un momento dado, en que la conciencia social se representa unos valores y unas metas por alcanzar.

Su especial naturaleza, la dificultad de su precisión (aunque quizá no de su aprehensión), reclaman, jurídicamente, un especial procedimiento de concreción, la jurisprudencia, judicial y doctrinal, pero también la sana expresión popular; solución la primera, que parece aceptarse en el artículo 1.6 C.C., que se remite a la labor de los tribunales, en su aplicación de todas las normas, para complementar el ordenamiento. No obstante, esa fijación no parece discrecional; porque si el ordenamiento al que los principios informan se integra y encabeza con la Constitución (art. 91 Constitución) es indudable que ésta, así en su preámbulo como en su articulado, señala unas metas por lograrse y unos criterios por los que discurrir; metas y criterios que exceden con mucho del significado de simple norma, y que alcanzan la categoría de principio; conjunto de principios que, por ser informadores, reclaman su realización (v. gr., art. 9.2 Constitución, de fundamental trascendencia). Y, no empece la dificultad de su concreción, por dar

forma sustancial al ordenamiento (significado de ser informadores) y estar recibidos y magnificados constitucionalmente, es claro que la garantía judicial de su realización alcanza igualmente rango constitucional. Significado claramente recogido en la L.E.C. (casación) y Ley Orgánica del Poder Judicial (V. analogía; costumbre; equidad; fuentes del Derecho Civil; interpretación de la norma jurídica; jurisprudencia; norma jurídica; Derecho Civil). [E.V.B.]¹

5.2.- LOS PRINCIPIOS PROCESALES, ENUNCIACION.

Como en muchos otros temas y preocupaciones de la ciencia procesal, también en éste relativo a los principios procesales, existen enormes divergencias y variaciones de criterios. De unos autores a otros cambia inclusive hasta la enunciación o lista de tales principios.

Eduardo pallares, por ejemplo los identifica como Principios Rectores del Procedimiento, es decir, ni siquiera del proceso. Y lista como tales, a los siguientes:

- a) Principio de acumulación eventual;
- b) Principio de adaptación del proceso.
- c) Principio de adquisición procesal.
- d) Principio de concentración
- e) Principio de congruencia de la sentencia.
- f) Principio de consumación procesal.

¹ ESPASA CALPE S.A.

- g) Principio del contradictorio.
- h) Principio de convalidación.
- i) Principio de economía procesal.
- j) Principio de eficacia procesal
- k) Principio de eventualidad.
- l) Principio de igualdad.
- m) Principio de Impulsión procesal
- n) Principio de iniciativa de partes
- o) Principio de inmediación
- p) Principio de la libertad de las formas.
- q) Principio de probidad
- r) Principio de protección
- s) Principio de Prueba por escrito.
- t) Principio de Publicidad.
- u) Principio de subrogación y sustitución de las cargas

v) Principio de substanciación

w) Principio dispositivo

x) Principio inquisitivo.

De Pina y Castillo Larrañaga citando a Chovenda enumeran como principios fundamentales en cuanto a la interpretación doctrinal de la ley procesal los siguientes:

a) El principio Lógico.

b) El principio jurídico

c) El principio político

d) El principio económico.

Respecto de los cuales nos dicen lo siguiente:

El principio lógico, del proceso está representado por ésta formula: selección de los medios más seguros y expeditos para buscar y descubrir la verdad y evitar el error. El principio jurídico tiende a proporcionar a los litigantes la igualdad en la contienda y la justicia en la decisión. El principio jurídico propónese introducir en el proceso la máxima garantía social de los derechos con el menor sacrificio de la libertad individual. El principio económico exige que los pleitos no sean materia de graves impuestos y tiende a evitar que por su duración y por los gastos sean solo accesibles a las personas que ocupan una situación económica privilegiada. Chiovenda adiciona a estos principios otro mas general – el de la economía de los

juicios - según el cual conviene obtener el máximo resultado en el proceso con el menor empleo posible de la actividad jurisdiccional”.².

5.3. EQUIDAD PROCESAL, COMO PRINCIPIO PROCESAL.

Aristóteles dice que “si bien la equidad y la justicia son distintas, pertenecen sin embargo al mismo género, siendo la equidad superior a la justicia: Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; siendo ambos nuevos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aun. La dificultad esta en lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es, que la ley necesariamente es siempre general y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales... Por consiguiente cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en los términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estribera presente, es decir, haciendo la ley como él lo habría hecho si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata”.³

Por tanto, la equidad consiste en atemperar el rigor de la ley al aplicarla, tomando en cuenta las circunstancias excepcionales del caso concreto, que el legislador no previo al dictar aquella.

El clásico Escriche dice: “la palabra equidad tiene dos acepciones en jurisprudencia; pues ora significa la moderación del rigor de las leyes, atendiendo mas a la intención del legislador que a la letra de ellas, ora se toma por aquel punto de rectitud del juez que a falta de la ley escrita o consuetudinaria, consulta

² DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. “*Instituciones de Derecho procesal Civil*”. Ed. Porrúa, México 1950.

³ ARISTOTELES, “*Ética a Nicómaco*”. Cap. XI. Lec V. Ed. Porrúa S.A.

en sus decisiones las máximas del buen sentido y de la razón o sea de la ley natural”.⁴

La equidad según Carnelutti, es lo mismo que la justicia, entendida ésta en su sentido mas elevado, “como el prius del derecho”, el ideal que deben realizar las instituciones jurídicas. Una ley equitativa es una ley justa. Según él, la antítesis entre ley y equidad no es objetiva, sino que se refiere a las facultades que tiene el órgano del Derecho, especialmente el juez, para obrar en determinado caso. Si el órgano esta vinculado, impera la ley, si tiene libertad de acción, rige o debe regir la equidad.⁵

Según el principio de igualdad procesal o equidad procesal entre las partes, estas deben tener en el proceso un mismo trato, se les debe dar las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos y ejercitar sus defensas, siempre dentro de la inevitable desigualdad que produce la condición de actor y demandado. Adolfo Gelsi Bidart, en la obra citada anteriormente, explica dicho principio en los siguientes términos: “de lo expresado ya acerca de la posición de las partes en el proceso frente al juez, se desprende cual ha de ser la que deben tener recíprocamente, una frente a la otra y que se expresa en la igualdad fundamental derivada del principio general de la igualdad de las personas ante la ley. Esta igualdad en el proceso, significa posibilitar a cada parte para que haga valer sus derechos ante el juez, rodearla e las garantías y quitar los obstáculos para que libremente pueda alegar en el ataque o en su defensa y aportar los medios de convencimiento necesario. Abarca aspectos tan diversos como:

- a) El perfeccionamiento del contradictorio, dando a cada parte la posibilidad de conocer todo el material del pleito, y las defensas del contrario, para estar en condiciones de aumentar aquél y presentar sus defensas;

⁴ ESCRICHE

⁵ CARNELUTTI.

- b) La supresión de los obstáculos económicos que dificultan el acceso a la justicia (auxiliadora de pobreza)
- c) El juego limpio que excluye del proceso el dolo y la mentira.⁶

De igual manera, este principio de igualdad de las partes en el proceso, lo define de Pina como “trato igual en circunstancias iguales, que significa, la prohibición de toda decisión o norma legal de carácter discriminatorio por parte de los órganos estatales. La igualdad ante la ley se ha dicho es un caso de razonabilidad de las leyes que representa una garantía constitucional y una valorización vigente. Este principio se encuentra reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la expresión “igualdad ante la ley”, debe ser atendida en sentido de igualdad ante el derecho.

Sobre este mismo principio, el autor José Becerra Bautista, opina que “las partes deben estar en situación idéntica frente al juez, por lo cual no debe haber ventajosos privilegios en favor de una ni hostilidad en perjuicio de la otra.

El autor Ovalle Favela, define este principio general del constitucionalismo burgués, de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Este principio implica igualdad de oportunidades procesales para las partes, surge del presupuesto de que todos los individuos son iguales y deben serlo también ante la ley y en el proceso.

Según el diccionario Jurídico Espasa, nos define la equidad como:

La técnica de aplicaciones de la ley a especiales situaciones, en sentido más general, el concepto de la equidad se corresponde con dos acepciones propias, De una lado, se identifica con la epiqueia aristotelica, que es la aceptada por nuestra doctrina cuando considera la equidad como un instrumento de corrección

⁶ PALLARES Eduardo, “*Diccionario de Derecho procesal Civil*”, Ed. Porrúa.

de la ley, en lo que esta falle por su excesiva generalidad, adaptando el mandato normativo a las circunstancias concretas del caso específico. Junto a él se halla, el concepto de la equitas romano-cristiano, o instrumento de humanización de las normas en función de los meritos del caso concreto, señalando CORTES GRAU que la equidad no implica suavidad sino justeza; es la justicia del caso concreto.

Como ha escrito CASTAN TOBEÑAS, la equidad, a diferencia de justicia, toma en cuneta un sentido humano que debe tener el derecho, prevaleciendo, frente a las consideraciones normales y regulares, la circunstancia del caso concreto.

La equidad, que no es fuente de derecho naturalmente, deviene en instrumento para hacer incidir en el Derecho positivo los criterios informadores de los principios generales. Siendo la equidad una de las expresiones del ideal de justicia informador del ordenamiento, y siendo esta un ingrediente necesario del derecho positivo, la equidad viene a formar parte de él. Por eso, cuando se contrapone solución de Derecho frente a solución de equidad, no debe entenderse que la misma supone un escapismo, sino el recurso a otras normas que se aplican a si mismo equitativamente (solución de nuestra ley de arbitraje de derecho privado de 1953), aun que no estén formuladas legalmente.

Las reformas del titulo preliminar del C.C., recoge expresamente la equidad como instrumento de aplicación jurídica, al señalar, que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales lo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita” (artículo 3.2 C.C.)

La ley de bases de 17 de marzo de 1973 para la modificación del titulo preliminar del Código Civil, señalaba a la equidad para presidir la aplicación de las normas “dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica” (base, 2ª,2). Y la E, de m. del decreto de 1.836 de 31 de mayo de 1974, expresaba, respecto del valor reconocido a la equidad, que la misma no aparecía “invocada como fuente del

derecho, le incumbe el cometido mas modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con los otros . Consiguientemente, una solución de equidad no es susceptible de imponerse a la resultante de la utilización conjunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales, sin embargo, podrán recibir los beneficiosa influencia de la equidad (...)" . No obstante, y de manera ocasional, le cumple el cometido de expresar un arbitrio ajustado al caso por el juzgador, si esta expresamente reconocido en las normas".⁷

De igual Forma en el Diccionario Juridico Espasa, nos define, el principio de igualdad, en el derecho de las comunidades europeas, en el derecho constitucional y en el Derecho administrativo, indicandonos:

5.4 PRINCIPIO DE IGUALDAD, SEGÚN EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas contienen desde su redacción originaria algunos artículos que son expresión concreta de este principio. Así el art. 12 (a. art. 6) T.C.E. prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad (el Derecho derivado ha hecho aplicación de esta prohibición en materias como la libre circulación de trabajadores y la apertura de los mercados públicos) y el art. 141 (a. art. 119) T.C.E. establece el criterio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres.

El T.J.C.E., por su parte, sostiene desde su sentencia Quellmehl (asuntos 117/76 y 16/77) que el principio de igualdad es un principio general del Derecho comunitario, de modo que las específicas prohibiciones previstas expresamente en los Tratados no son sino un desarrollo particular de aquél principio. El T.J.C.E. ha recurrido en sus sentencias a este principio general sobre todo en su vertiente formal de igualdad en la aplicación del Derecho, según el cual no se deben dar

⁷ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. . Ed. Espasa Calpe, S.A. 2001.

diverso tratamiento a situaciones iguales ni tratar igual situaciones diversas. El T.J.C.E. ha prestado atención particular a aquellas violaciones de este principio que están dirigidas a obstaculizar la construcción del mercado interior. Ver, en materia tributaria, las sentencias T.J.C.E. recaídas en los asuntos 2-3/62, 356/85, 175/88, 112/90, 204/90, 330/91 y 279/93.

Al Tratado de Amsterdam le cabe el mérito de haber incorporado este principio de igualdad como principio general del Derecho comunitario primario. En efecto, añade al art. 3 T.C.E. un párrafo segundo que dice «en todas las actividades contempladas en el presente artículo [que son todas las que la Comunidad tiene que desarrollar para la consecución de sus objetivos], la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad» y da nueva redacción al art. 13 (a. art. 6 A) T.C.E. habilitando al Consejo para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». [J.A.H.C.]

5.5 PRINCIPIO DE IGUALDAD, DE ACUERDO AL DERECHO CONSTITUCIONAL

Exigencia de trato igual y carente de discriminación por la ley y los poderes públicos que la aplican, derivada de la igualdad entre todos los hombres. Como reivindicación frente a las desigualdades y privilegios del Antiguo Régimen, la igualdad es uno de los tres principios proclamados como lema por la Revolución francesa. Previamente, la Declaración de Independencia de las trece colonias americanas mantenía «como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales». Como derecho, se incorpora al constitucionalismo.

La Constitución Española de 1978 proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1), correspondiendo a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas,

y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2). Así mismo, el capítulo dedicado a los derechos y libertades se inicia con la consagración del principio de igualdad (art. 14): «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Otros artículos de la Constitución establecen la igualdad en situaciones concretas: entre los cónyuges (art. 32), en la remuneración del trabajo (art. 35), entre los hijos (art. 39) y en cualquier parte del Estado (art. 139). El Tribunal Constitucional ha recordado que igualdad no significa que todos hayan de ser tratados por igual, ya que un tratamiento similar para situaciones desiguales puede entrañar mayor desigualdad. Existe discriminación cuando el trato desigual carece de una justificación objetiva y razonable (S.T.C. 67/82) (V. derecho a la igualdad). [P.G.-E.]

5.6 PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Derecho Administrativo

Principio general del Derecho, reconocido expresamente por la Constitución (arts. 9.1 y 103.1), que supone el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho, la sujeción de la Administración al bloque normativo.

El principio de legalidad implica, en primer lugar, la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general, frente a todos los poderes públicos. Además, el principio de legalidad implica la sujeción de la Administración a sus propias normas, los reglamentos.

La sujeción de la Administración a la ley se entendió durante el siglo XIX, y parte del presente, en el sentido de que la ley era un mero límite externo a la actuación administrativa, de modo que la Administración podía hacer todo aquello que la ley no le prohíbe (teoría de la vinculación negativa).

Sin embargo, actualmente se vuelve a entender el principio de legalidad en su sentido originario: todas las actuaciones de los poderes públicos deben estar

legitimadas y previstas por la ley, de modo que la Administración sólo puede actuar allí donde la ley le concede potestades. Es decir, el principio de legalidad implica que la ley es el único mecanismo de atribución de potestades a la Administración.

La sujeción de la Administración a sus propias normas se traduce en el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, reconocido en el art. 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administración común, que implica que la Administración, que puede modificar o derogar sus propios reglamentos, no puede, sin embargo, implicarlos en casos concretos y determinados, haciendo excepciones a los mismos, con independencia de la jerarquía existente entre el órgano que dicta el reglamento y el que dicta una resolución singular contraria al mismo. [C.D.V. y A.G.Q.]⁸

5.7. EQUIDAD PROCESAL SEGÚN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

De acuerdo a lo establecido por nuestro máximo tribunal, es una obligación del órgano jurisdiccional, velar siempre por el principio de equidad entre las partes, ya que en un caso concreto, el tribunal se encuentra facultado para decretar diligencias para mejor proveer, esto no tiene por objeto suplir la deficiencia del oferente de la prueba, dicha facultad se encuentra dentro del principio de igualdad procesal, tal y como se establece en la siguiente tesis jurisprudencial:

⁸ Idem.

Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XCIII
Pagina: 2130

PRUEBAS PARA MEJOR PROVEER. Las facultades de los tribunales para decretar diligencias para mejor proveer, no pueden implicar una substitución de parte, ni pueden tener por objeto suplir deficiencias u omisiones imputables al oferente de una prueba. Las mencionadas facultades deben entenderse dentro del principio de la igualdad procesal, par no romper el equilibrio, relativamente a los medios o recursos que la ley establece para justificar las pretensiones respectivas de las partes. Por consiguiente, si una prueba ha sido desechada por extemporánea, esto es, por causas directamente imputables al oferente, no puede el tribunal admitirla en diligencia para mejor proveer, porque ello equivaldría a conceder una situación privilegiada a la parte que ha sido negligente, con violación de los principios más elementales de justicia y de equidad. Además, traería consigo la incertidumbre e inseguridad procesal, desconociendo o reformando situaciones jurídicas preestablecidas, cuya firmeza ya estaba determinada a través de resoluciones precluidas.

TOMO XCIII, Pag. 2130. - Ovando Vda. de Sayeg Isabel.- 6 de septiembre de 1947. - 4 votos.

Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LXX
Pagina: 4224

PRUEBAS PARA MEJOR PROVEER. (LEGISLACION DE JALISCO) Conforme al artículo 283 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de Jalisco, disposición que de ninguna manera puede aplicarse en contraposición con otros preceptos legales del mismo ordenamiento, sino que debe armonizarse con ellos, puede el juez allegarse los elementos de prueba a que dicho precepto alude, siempre que observe una absoluta equidad en su recepción, y oiga a las partes y procure en todo la igualdad de ,estas, como lo ordena el artículo 284 del Código citado, pero lo anterior no significa que al pronunciarse la sentencia, sin que el juzgador haya hecho uso de la facultad que le concede el artículo 283, para investigar la verdad, pueda hacerse una estimación arbitraria de las pruebas, tomando en consideración aquellas que por haberse recibido en contravención a las reglas señaladas por la ley procesal, carezcan de valor, conforme a su precepto legal expreso.

TOMO LXX. Pag. 4224. - Aldana J. Jesús, Suc. de.- 5 de diciembre de 1941.- Cuatro votos.

Ahora bien, en nuestro derecho procesal civil aun no estamos preparados para que las autoridades puedan suplir las deficiencias de los litigantes, fallando de tal forma que más convenga a la equidad o a los intereses de las partes, ya que en nuestro derecho positivo existe aun el principio de que los jueces deben resolver únicamente sobre lo probado y alegado en juicio.

Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XLV
Pagina: 864

SENTENCIAS CIVILES. Nuestro Derecho Procesal, no ha evolucionado todavía hasta el punto de que las autoridades puedan suplir las deficiencias de los litigantes, constituyéndose en sus defensores, para fallar del modo que mas convenga a la equidad o a los intereses de las partes, y existiendo todavía el principio de que los jueces deben resolver únicamente sobre lo alegado y probado por aquellas las únicas presunciones en que puede fundar la autoridad la condena dictada en contra del dueño de un predio, para obligarlo a devolver el importe de las mejoras hechas por un tercero, son las que ,este hubiere demostrado su carácter de inquilino y que había hecho las mejoras con autorización del arrendador, o que podía exigir su importe por cualquiera otro titulo legal o convencional; pero no cambiar en la sentencia el supuesto de la contestación de la demanda, teniendo al demandado por tentador, cuando este se ostentó como arrendatario.

TOMO XLV, Pag. 864. - Amparo en Revisión 4474/33, Sec. 2ª. - Nafarrete Federico B. 15 de Julio de 1935. - Unanimidad de 4 votos.-

Así las cosas, nuestro tribunal ha determinado que de acuerdo con el principio de equidad, en una controversia, se debe de resolver a en el sentido de favorable de quien trate de evitarse perjuicios y no a favor de quien pretende un lucro, siempre y cuando exista falta de texto legal expreso que sea aplicable al caso concreto.

Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: CXXIX
Pagina: 49

EQUIDAD. Si bien es cierto que los tribunales, de acuerdo con la equidad, deben decidir una controversia a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro, también lo es que, por disposición expresa de nuestra ley, tal proceder debe observarse solo a falta de texto legal expreso que sea aplicable.

Amparo directo 474/56. Ernesto Chon Juan. 5 de julio de 1956. Cinco votos. Ponente: Gabriel García Rojas.

Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LXX
Pagina: 1194

EQUIDAD.- (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL). Es bien sabido que la equidad es un elemento necesario en las leyes y en los contratos; de ahí que tomada en cuenta en los artículos 21 del Código Civil de 1884 y 20 del vigente, porque ambos establecen que, a falta de ley expresa, se decida el conflicto en favor de quien trate de evitarse perjuicios y no de quien pretenda lucrar, observándose la mayor igualdad posible.

TOMO LXX, Pag. 1194. - Formoso Padin Joaquín.- 20 de octubre de 1941. - cuatro votos.

Séptima Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 103-108 Primera Parte
Página: 152

EQUIDAD Y GENERALIDAD DE UNA LEY. DIFERENCIAS. Es inexacto que la equidad que exige la ley, signifique que no se esté frente a una ley privativa. En efecto, la interpretación jurídica del artículo 13 de la Constitución conduce a concluir que por leyes privativas deben entenderse aquellas cuyas disposiciones desaparecen después de aplicarse a una hipótesis concreta y determinada de antemano, y que se apliquen en

consideración a la especie o la persona, o sea, que carecen de los atributos de generalidad, abstracción e impersonalidad que debe revestir toda norma jurídica. Es decir, que basta con que las disposiciones de un ordenamiento legal tengan vigencia indeterminada, se apliquen a todas las personas que se coloquen dentro de la hipótesis por ellas prevista y que no estén dirigidas a una persona o grupo de personas individualmente determinado, para que la ley satisfaga los mencionados atributos de generalidad, abstracción e impersonalidad y, por ende, no infrinja lo dispuesto por el artículo 13 constitucional. En cambio, el principio de equidad que debe satisfacer toda norma jurídico-fiscal tiene como elemento esencial el que, con respecto de los destinatarios de la misma, se trate de manera igual a quienes se encuentren en igual situación; el principio de igualdad establecido en la Constitución, tiende a que en condiciones análogas se imponga gravámenes idénticos a los contribuyentes, esto es, que las leyes deben tratar igualmente a los iguales, en iguales circunstancias. De lo anterior, claramente se infiere que no es lo mismo la falta de equidad de una ley, a que ésta sea privativa en los términos del artículo 13 constitucional.

Amparo en revisión 6126/64. Turismo Internacional, S.A. y coagraviados (acumulados). 6 de septiembre de 1977. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Quinta Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XI
Página: 835

EQUIDAD. No está entre las facultades de la Corte dejar de aplicar las disposiciones legales, por principio de equidad.

Queja. Juez Noveno de lo Civil de México. 23 de agosto de 1922. Mayoría de siete votos. Los Ministros Enrique Moreno y Agustín Urdapilleta no votaron en este negocio, por las razones que se expresan en el acta del día. Disidentes: Adolfo Arias y Patricio Sabido. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Época
Instancia: Segunda Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LI
Página: 2688

EQUIDAD, NO PUEDE CAUSAR AGRAVIOS LA FALTA DE. Los agravios hechos valer contra la equidad, son subsidiarios y sin influencia legal en el fallo, y por tanto, infundados.

Amparo 201/37. Mexican Petroleum Company. 18 de marzo de 1937. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Época:

Tomo XLIX, página 1982. Amparo administrativo en revisión 5013/36. American Smelting and Refining Company. 26 de septiembre de 1936. Unanimidad de cinco votos. Relator: Alonso Aznar Mendoza.

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXX

Página: 3393

EQUIDAD. La equidad es principio de excepción al carácter de universalidad de la ley, y su aplicación sólo es permitida cuando el propio ordenamiento la reconoce por disposición expresa.

Amparo civil directo 1774/42. Sanz Casabona Francisco. 15 de junio de 1944. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Emilio Pardo Aspe.

Quinta Época

Instancia: Cuarta Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXX

Página: 1195

EQUIDAD (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL). Es bien sabido que la equidad es un elemento necesario en las leyes y en los contratos; de ahí que sea tomada en cuenta en los artículos 21 del Código Civil de 1884 y 20 del vigente, porque ambos establecen que, a falta de ley expresa, se decida el conflicto en favor de quien trate de evitarse perjuicios y no de quien pretenda lucrar, observándose la mayor igualdad posible.

Amparo civil en revisión 8398/39. Formoso Padín Joaquín. 20 de octubre de 1941. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Eduardo Vasconcelos. Relator: Roque Estrada.

Quinta Época

Instancia: Cuarta Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLV

Página: 1789

EQUIDAD COMO BASE DE LOS FALLOS. Si un contrato celebrado entre dos agrupaciones obreras es válido y legal, la Junta de Conciliación y Arbitraje que conozca del conflicto que surja entre esas dos agrupaciones, debe concretarse, en los puntos resolutive de su laudo, a aplicar los preceptos de la ley, no habiendo, pues, razón alguna para que, en algún considerando de ese laudo, se argumente en el sentido de que, por equidad, no se condena a la parte demandada a todas las prestaciones que le reclame la demandante, pues tal argumento no es legal, ni puede afectar a los otros considerandos del mismo laudo, que si se apoyan en la ley; sin que sea de admitirse que la consideración hecha por la Junta de Conciliación y Arbitraje, en su laudo, relativa a que si condenase a la parte demandada a todas las prestaciones que de ella se reclaman, se le privaría de trabajar por largo tiempo, con perjuicio de su vida económica, por lo que, por equidad, debe resolverse en el sentido de que proceda la condenación de todas las prestaciones reclamadas; pues si el contrato, materia del litigio, reúne todas las condiciones exigidas por la ley, para que produzca efectos, si una de las partes ha faltado a su cumplimiento, es contrario a la ley condenar solamente en parte, fundándose en una supuesta equidad. La Ley tiende a realizar la justicia y, por ende, todas sus disposiciones y las consecuencias que de ella se deducen, deben presumirse por el juzgador como justas y equitativas, por esa razón, las autoridades que conozcan de las controversias que se susciten, no deben apoyar sus resoluciones en otras razones que las de la misma ley y tampoco deben aplicar principios de equidad, cuando la ley es clara y terminante, pues la equidad solamente puede invocarse ante la ausencia de preceptos legales que normen los casos que se presenten y no cuando la ley es clara, precisa y completa. No hay razones de orden económico que valgan para que un sindicato que viole en perjuicio de otro sindicato, las obligaciones que para con él contrae, que sean suficientes para darle la razón a quien no la tiene.

Amparo en revisión en materia de trabajo 939/35. Unión de Trabajadores Henequeneros "Mártires de Chicago". 27 de julio de 1935. Unanimidad de cinco votos. Relator: Octavio M. Trigo.

CAPÍTULO SEXTO

6.1. ANALISIS DEL ARTICULO 347 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL ANTES DE LAS REFORMAS DEL 26 DE MAYO DE 1996

Para el desarrollo del presente capitulo, estimo necesario transcribir lo señalado por los artículos 346, 347 y 348 del código de procedimientos Civiles, mismos que a la letra indican:

ARTICULO 346. Los peritos deben tener titulo en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su parecer, si la profesión o el arte estuvieren legalmente reglamentados.

Si la profesión o el arte no estuvieren legalmente reglamentados, o estándolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas, aun cuando no tengan titulo.

ARTICULO 347. Cada parte dentro del tercer día nombrará un perito, a no ser que se pusieren de acuerdo en el nombramiento de uno solo. El tercero en discordia será nombrado por el juez.

Las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos para la aceptación del cargo, salvo que el perito sea de los que nombre el juez conforme al artículo 348, en cuyo caso deberá ser notificado por el tribunal.¹

Articulo 348. El juez nombrará los peritos que correspondan a cada parte en los siguientes casos:

- I. Si alguno de los litigantes dejare de hacer el nombramiento en el termino señalado en el articulo anterior;

¹ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. Ed. PORRUA, México, 1996.

- II. Cuando el designado por las partes no se presente dentro de las cuarenta y ocho horas que sigan a la notificación a las partes del auto que tenga por admitida la prueba;
- III. Cuando el que fue nombrado y acepto el cargo lo renunciare después;

Tal y como se podrá apreciar de los artículos antes transcritos, evidentemente se trata de aquella prueba “de carácter colegiada”, como solía llamarse anteriormente.

Así las cosas, el animo del legislador en esa época, era la de velar por el principio de equidad procesal entre las partes, ya que tal y como se transcribió líneas arriba, “Cada parte dentro del tercer día nombrará un perito, a no ser que se pusieren de acuerdo en el nombramiento de uno solo. El tercero en discordia será nombrado por el juez.”.

También el artículo 348 del mismo ordenamiento procesal, indica que “El juez nombrará los peritos que correspondan a cada parte en los siguientes casos:”.

- a) Si alguno de los litigantes dejare de hacer el nombramiento en el termino señalado en el artículo anterior

Es evidente que si por impericia, olvido, o cualquier excusa que hubiere, alguno de los litigantes dejare de hacer el nombramiento de su perito en el termino señalado de tres días, el juez, debía hacer el nombramiento de un perito en su rebeldía, cualquiera que fuese la causa, ya que en este caso, la ley no distingue ni sienta las bases o los supuestos, bajo que casos el litigante dejare de hacer el mencionado nombramiento, el juez pueda hacerlo en su rebeldía. Simplemente, se deja un vacío legislativo que en la practica procesal servia de sustento para realizar actos dilatorios del procedimiento. Ya que si bien es cierto,

tanto el legislador como el juez, velaban por el estricto cumplimiento del principio de equidad procesal entre las partes, no menos cierto lo es que los litigantes, realizaban un abuso en la potestad y cumplimiento de este principio.

- b) Cuando el designado por las partes no se presente dentro de las cuarenta y ocho horas que sigan a la notificación a las partes del auto que tenga por admitida la prueba y

De igual forma, según la legislación procesal civil, una vez hecha la designación del perito en cuestión, este, no se presentase dentro del termino de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del auto que tenga por admitida la prueba pericial el juez, debía nombrar perito en rebeldía de la parte a la cual le perjudicara la incomparecencia del mencionado perito

Es de hacerse notar que también en esta fracción, existe una laguna legal, en virtud de que el legislador, fue omiso en señalar si dicha incomparecencia era atribuible al propio perito o imputable al oferente de la prueba,

Sin embargo sabemos que en la práctica, esta fracción del artículo 348 del Código de Procedimientos Civiles, era utilizado de manera irresponsable y evidentemente para dilatar y volver en ocasiones interminable los procedimientos civiles.

- c) Cuando el que fue nombrado y acepto el cargo lo renunciare después;

Aquí, el legislador, muestra claramente que por culpa inexplicable del perito una vez nombrado y que este acepto el cargo, lo renunciara después, podía ser motivo para nombrar uno en rebeldía de este.

También existe laguna en esta fracción, ya que la renuncia de este perito debía ser fundada y motivada, ya que esta fracción nuevamente era utilizada en

un sin numero de ocasiones por los litigantes de manera dilatoria para entorpecer la consecución de los procedimientos, pues daba la oportunidad de que pasados los términos legales en cualquier momento se pudiera presentar un escrito del perito designado renunciando el cargo, lo que hacia retrotraer el procedimiento nuevamente para nombrar un nuevo perito.

Es por todos conocido que en un procedimiento ordinario civil, cuando el actor, es el principal interesado en demandar ante un órgano jurisdiccional a efecto de que se dicte una sentencia lo mas pronto posible y siendo el principal interesado en que el juicio se termine en cuanto a la etapa probatoria a efecto de que se dicte una sentencia condenatoria, en la practica, daba lugar a que el demandado pudiera dilatar y retardar el procedimiento, por lo que este ofrecía la prueba pericial a efecto de dilatar la misma.

De que forma; pues sencillo, el demandado tiene la obligación de probar sus defensas y excepciones, así pues, tiene el derecho de probar las mismas, al ofrecer la prueba pericial con fundamento en el articulo 348 del Código de Procedimientos Civiles antes de las reformas, bien hacia uso de las facultades señaladas en las tres fracciones del articulo en comento y que ya han sido transcritas líneas arriba, con el objeto como ya se ha mencionado de dilatar la secuela procesal, en uso del derecho que la ley le concede.

Ahora bien, el legislador fue omiso en señalar un punto que el sustentante considero de suma importancia:

Hasta cuantas veces, puede el juez nombrar perito tercero en discordia y mas aun, cuantas veces por excusa o falta de pericia, se puede pasar por alto que el litigante pueda ser omiso en presentar a su perito.

La respuesta es clara, NINGUNA, el legislador fue omiso en señalar hasta cuantas veces puede nombrar el juez perito en rebeldía, Si alguno de los litigantes

dejare de hacer el nombramiento en el termino señalado en el articulo 347, cuando el designado por las partes no se presente dentro de las cuarenta y ocho horas que sigan a la notificación a las partes del auto que tenga por admitida la prueba y cuando el que fue nombrado y acepto el cargo lo renunciare después;

Lo anterior daba como consecuencia un sin numero de recursos de apelación y amparos interpuestos en contra de los autos dictados por los jueces y las resoluciones emitidas por los magistrados en las salas, por la táctica dilatoria de los litigantes que es de todos conocido, pues únicamente promovían pruebas periciales a efecto de volver dilatorios y en muchas ocasiones interminables los procedimientos civiles en el Distrito Federal.

Así las cosas, en muchas ocasiones los tribunales ante tal situación, determinaban concluir los procedimientos con el solo dictamen de uno de los peritos, pero ante tal situación las partes acudían al recurso de apelación o al juicio de amparo, dictándose resoluciones en contra, apegadas al principio del carácter colegiado de la prueba pericial,

Estimo oportuno transcribir algunas de las tesis jurisprudenciales relacionadas con este tema:

Sexta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Apéndice de 1995
Tomo: Tomo IV, Parte SCJN
Tesis: 330
Página: 223

PRUEBA PERICIAL, CARACTER COLEGIADO DE LA. Dado el carácter colegiado de la prueba pericial, si sólo dictaminó un perito que no fue designado de común acuerdo por las partes, la prueba no se perfeccionó y por tanto carece de valor probatorio pleno.

Sexta Época:

Amparo directo 3758/53. Florentino Solís Tello. 23 de marzo de 1956. Cinco votos.

Amparo directo 1080/56. Matilde Ortega. 27 de agosto de 1956. Cinco votos.

Amparo directo 3336/56. Ovidio Morales Flores. 31 de julio de 1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5290/58. Domitilo Matus Ruiz. 21 de abril de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 12/61. Domingo H. Tamez, suc. de. 21 de febrero de 1962. Unanimidad de cuatro votos.

Es de señalarse que aun cuando el sistema para la valoración de pruebas cambió en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el sentido de que el juzgador deberá atender a las reglas de la lógica y de la experiencia, la tesis de jurisprudencia en comentario interpreta disposiciones de códigos de procedimientos civiles de diversas entidades; por ejemplo, el artículo 339 de la ley adjetiva civil para el estado de Oaxaca, cuyo contenido es similar al numeral 347 de la legislación correspondiente para el Distrito Federal, en cuanto establecen que la prueba pericial es colegiada.

Ahora bien, tal y como lo señala la tesis antes transcrita, Dado el carácter colegiado de la prueba pericial, si sólo dictaminó un perito que no fue designado de común acuerdo por las partes, la prueba no se perfeccionó y por tanto carece de valor probatorio pleno, por lo tanto, el procedente era ordenar la reposición del procedimiento en la etapa donde se violaron las reglas del procedimiento.

Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Apéndice de 1995
Tomo: Tomo IV, Parte TCC
Tesis: 589
Página: 430

PRUEBA PERICIAL, NO SE INTEGRA LEGALMENTE CON EL DICTAMEN DEL PERITO DE UNA DE LAS PARTES EN EL JUICIO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MICHOACAN). Del análisis conjunto y armónico de los artículos 479, 480, 481 y 482 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán, debe concluirse que la prueba pericial sólo alcanza plena eficacia demostrativa cuando es colegiada, dado que se requiere para su integración de la existencia del dictamen de los peritos que designen las partes en el juicio o el Tribunal en su rebeldía y, en caso de discordancia, del elaborado por el perito tercero que la autoridad judicial nombre, salvo en caso de que aquéllas se pongan de acuerdo en el nombramiento de uno solo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Octava Época:

Amparo directo 239/89. Pablo Pacheco López. 6 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 245/89. Sara Toledo de Pérez. 13 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 190/91. Moisés Hernández Diego. 20 de junio de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 228/91. Sucesión testamentaria a bienes de María Concepción Piñón Carrillo. 22 de agosto de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 626/91. Atenógenes Cruz García. 19 de febrero de 1992. Unanimidad de votos.

NOTA:

Tesis XI.2o.J/11, Gaceta número 54, pág. 71; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo IX-Junio, pág. 298.

La tesis antes transcrita nuevamente nos confirma, el criterio sustentado por los tribunales en el sentido de la prueba pericial con el carácter de colegiado, donde evidentemente, era necesario el dictamen de los peritos ofrecidos ya admitidos a las partes en juicio, y de no ser así, no podía tenerse por legalmente integrado con el solo dictamen de una de las partes en el juicio, ya que según, esta, debe concluirse que la prueba pericial sólo alcanza plena eficacia demostrativa cuando es colegiada, dado que se requiere para su integración de la existencia del dictamen de los peritos que designen las partes en el juicio o el Tribunal en su rebeldía y, en caso de discordancia, del elaborado por el perito tercero que la autoridad judicial nombre, salvo en caso de que aquéllas se pongan de acuerdo en el nombramiento de uno solo, lo que corrobora nuevamente lo señalado por el sustentante, en el sentido de que esta prueba era procesalmente hablando, utilizada en ocasiones para dilatar la secuela procesal, utilizando el derecho consagrado por la ley procesal de la materia.

6.2. ANALISIS DEL ARTICULO 347 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL DESPUES DE LAS REFORMAS DEL 26 DE MAYO DE 1996

Para la exposición de este capítulo, estimo importante transcribir los artículos 346, 347 y 348 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que indican:

“ARTICULO 346.- La prueba pericial solo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate, mas no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presupone como necesarios en los jueces, por lo que se desecharán de oficio aquellas periciales que se ofrezcan por las partes para ese tipo de conocimiento, o

que se encuentren acreditadas en autos con otras pruebas, o tan solo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares.

Los peritos deben tener título en la ciencia, arte, técnica, oficio o industria a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer, si la ciencia, arte, técnica o industria requieren título para su ejercicio.

Si no lo requieran o requiriéndolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas a satisfacción del juez, aun cuando no tengan título.

El título de habilitación de corredor público acredita para todos los efectos la calidad de perito valuator.”

“ARTICULO 347. - Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:

I. Señalaran con toda precisión la ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deba practicarse la prueba; los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deban resolver en la pericial, así como la cédula profesional, calidad técnica, artística o industria del perito que se proponga, nombre, apellidos y domicilio de éste, con la correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos;

II. Si faltare cualquiera de los requisitos anteriores, el juez desechará de plano la prueba en cuestión;

III En caso de estar debidamente ofrecida, el juez la admitirá, quedando obligados los oferentes a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño, debiendo anexar copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su

calidad de perito en el arte, técnica o industria para el que se les designa, manifestando, bajo protesta de decir verdad, que conocen los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial, así como que tienen capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular, quedando obligados a rendir su dictamen dentro de los diez días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de peritos.

IV. Cuando se trate de juicios sumarios, especiales o cualquier otro tipo de controversia de trámite específicamente singular, las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos dentro de los tres días siguientes al proveído en que se les tenga por designados para que se cumpla con lo ordenado en el párrafo anterior, los cuales quedan obligados en estos casos, a rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado el cargo.

V. Cuando los peritos de las partes rindan sus dictámenes, y éstos resulten substancialmente contradictorios, se designará al perito tercero en discordia tomando en cuenta lo ordenado por el artículo 349 de éste código:

VI. La falta de presentación del escrito del perito del oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que el juez designe perito en rebeldía del oferente. Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentara el escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente.

En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con este dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, el

juez designará en rebeldía de ambas un perito único, el que rendirá su dictamen dentro del plazo señalado en las fracciones III o IV según corresponda.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, el juez sancionará a los peritos omisos con multa equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

VII. Las partes quedan obligadas a pagar los honorarios de los peritos que hayan nombrado, así como a presentarlos cuantas veces sea necesario al juzgado. También quedarán obligadas a presentar el dictamen pericial dentro del plazo señalado, debiendo presentar los peritos el original de su cédula profesional, o de los documentos anexados a sus escritos de aceptación y protesta del cargo.

VIII. Las partes en cualquier momento podrán convenir en la designación de un solo perito para que rinda su dictamen al cual se sujetaran, y

IX. También las partes en cualquier momento podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer observaciones al mismo, que serán consideradas en la valoración que realice el juez en su sentencia.”

“ARTICULO 348. El juez, antes de admitir la prueba pericial, dará vista a la contraria por el término de tres días, para que manifieste sobre la pertinencia de tal prueba y para que proponga la ampliación de otros puntos y cuestiones además de los formulados por el oferente, para que los peritos dictaminen.²”

Tal y como se podrá apreciar de los artículos antes transcritos, evidentemente cambia ese carácter de aquella prueba “de carácter colegiada”, como solía llamarse anteriormente a una prueba donde con el dictamen de uno solo de los peritos es mas que suficiente para que el juez pueda tener elementos para dictar una sencia condenatoria o absolutoria.

² CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, Ed. Porrúa, México, 1999.

Así las cosas, el animo del legislador en esta época, es la de también velar por el principio de equidad procesal entre las partes, ya que tal y como se transcribió líneas arriba, “- Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:”.

I. Señalaran con toda precisión la ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deba practicarse la prueba; los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deban resolver en la pericial, así como la cédula profesional, calidad técnica, artística o industria del perito que se proponga, nombre, apellidos y domicilio de éste, con la correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos;

II. Si faltare cualquiera de los requisitos anteriores, el juez desechará de plano la prueba en cuestión;”

Tal y como se desprende del artículo antes transcrito, se puede apreciar claramente que el animo del legislador es la de que las partes llenen ciertos requisitos de forma a efecto de ofrecer la prueba pericial en cuestión, y como pena procesal a la parte que ofrezca la prueba pericial sin reunir los requisitos señalados en el artículo 347 fracción I, del Código de Procedimientos Civiles, se aplicara lo dispuesto por la fracción II, del citado artículo 347 del Código Adjetivo de la materia, consistente en el desecamiento de la prueba pericial, sin pasar por alto los requisitos de forma también señalados en el artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal en vigor.

Ahora bien, el mismo artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, indica en su fracción número III, lo siguientes:

III En caso de estar debidamente ofrecida, el juez la admitirá, quedando obligados los oferentes a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten

escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño, debiendo anexar copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica o industria para el que se les designa, manifestando, bajo protesta de decir verdad, que conocen los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial, así como que tienen capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular, quedando obligados a rendir su dictamen dentro de los diez días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de peritos.

IV. Cuando se trate de juicios sumarios, especiales o cualquier otro tipo de controversia de trámite específicamente singular, las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos dentro de los tres días siguientes al proveído en que se les tenga por designados para que se cumpla con lo ordenado en el párrafo anterior, los cuales quedan obligados en estos casos, a rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado el cargo.

V. Cuando los peritos de las partes rindan sus dictámenes, y éstos resulten substancialmente contradictorios, se designará al perito tercero en discordia tomando en cuenta lo ordenado por el artículo 349 de éste código:

Nuevamente se aprecia el principio de equidad del que tanto hemos hablado en este trabajo, ya que tal y como lo indica la fracción III del multicitado artículo 347 del Código procesal Civil, en caso de estar debidamente ofrecida la prueba pericial los términos correrán de igual forma a las partes en juicio, siendo estos los siguientes:

a) En caso de estar debidamente ofrecida la prueba pericial, el juez la admitirá donde los oferentes quedaran obligados a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño,

b) De igual forma se señala que, los peritos estarán obligados a rendir su dictamen dentro de los diez días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de peritos.

c). Cuando los peritos de las partes rindan sus dictámenes, y éstos resulten substancialmente contradictorios, se designará al perito tercero en discordia tomando en cuenta lo ordenado por el artículo 349 de éste código

De lo antes señalado se desprende que el legislador intento cuidar hasta el ultimo momento el principio de equidad procesal entre las partes en el ofrecimiento, admisión y preparación de la prueba pericial en el juicio ordinario civil y que es motivo de esta tesis.

VI. La falta de presentación del escrito del perito del oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que el juez designe perito en rebeldía del oferente. Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentara el escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente.

En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con este dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, el juez designará en rebeldía de ambas un perito único, el que rendirá su dictamen dentro del plazo señalado en las fracciones III o IV según corresponda.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, el juez sancionará a los peritos omisos con multa equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

El estudio de esta fracción deseo dejarla para una exposición a parte, y que será explorada mas a fondo, en virtud de que estimo que es aquí donde el legislador fue omiso en contemplara el principio de equidad procesal y que señalare en el capitulo siguiente:

VII. Las partes quedan obligadas a pagar los honorarios de los peritos que hayan nombrado, así como a presentarlos cuantas veces sea necesario al juzgado. También quedarán obligadas a presentar el dictamen pericial dentro del plazo señalado, debiendo presentar los peritos el original de su cédula profesional, o de los documentos anexados a sus escritos de aceptación y protesta del cargo.

El legislador, estipula que las partes deberán pagar los honorarios de los peritos que hayan nombrado, lo cual es equitativo, sin embargo, bien podría el legislador como pena procesal, condenar al perdedor a pagar los honorarios del perito de su adversario.

De igual forma, el legislador, señala la obligación de las partes de presentar a sus peritos cuantas veces sea necesario al juzgado del conocimiento, y de presentar su dictamen pericial dentro del plazo señalado, obligando a los peritos a presentar el original de su cedula profesional o de los documentos anexados a sus escritos de aceptación y protesta del cargo, situación que en igualdad de circunstancias y sin animo de distinción, el legislado por igual obliga a las partes a seguir linimientos de forma, que debelan cumplir.

VIII. Las partes en cualquier momento podrán convenir en la designación de un solo perito para que rinda su dictamen al cual se sujetaran, y

Bien, esta fracción del artículo en estudio, demuestra la posibilidad de convenir en la designación de un solo perito que rinda su dictamen, a lo cual se le puede llamar designación de perito único, y que en su caso, las partes se encuentran obligadas a someterse y acatar su dictamen.

IX. También las partes en cualquier momento podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer observaciones al mismo, que serán consideradas en la valoración que realice el juez en su sentencia.

Así las cosas, en este caso, el legislador asumió la posibilidad de que en cualquier momento las partes pudieran conformarse con el dictamen pericial rendido por el perito de su contraria, y así poder hacer observaciones al dictamen del cual estarían planteando su conformidad, mismas, que en su caso serán consideradas en la valoración que realice el juez en su sentencia.

6.3. LA INEQUIDAD PROCESAL DEL ARTICULO 347 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL DESPUES DE LAS REFORMAS DEL 26 DE MAYO DE 1996

Estimo que este capitulo es de suma importancia en la exposición de este tema de tesis, ya que es aquí donde el sustentante, estimo que se demuestra claramente la falta de equidad procesal entre las partes en el ofrecimiento, admisión y preparación de la prueba pericial en el juicio ordinario civil, lo cual expongo de la siguiente manera:

Esta inequidad se encuentra contemplada claramente en la fracción VI del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles en vigor, donde nos indica.

“VI. La falta de presentación del escrito del perito del oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que el juez designe perito en rebeldía del oferente. Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentara el escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente.”

Por lo que nos concierne a este primer párrafo de la fracción VI del artículo 347 del Código Procesal civil para el Distrito Federal, es la parte mas interesante de esta tesis, ya que es aquí, donde encontramos el primer indicio de falta de equidad procesal entre las partes y que es motivo de estudio de la siguiente manera:

En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con este dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, el juez designará en rebeldía de ambas un perito único, el que rendirá su dictamen dentro del plazo señalado en las fracciones III o IV según corresponda.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, el juez sancionará a los peritos omisos con multa equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Bien, en cuanto al primer párrafo de la fracción VI del artículo 347 del multicitado código adjetivo civil para el Distrito federal, nos indica.

“VI. La falta de presentación del escrito del perito del oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que el juez designe perito en rebeldía del oferente. Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentara el escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente”.

Lo anterior a criterio del sustentante, resulta completa y absolutamente violatorio del principio de equidad procesal, ya que indica que por un lado “la falta de presentación del escrito del perito del oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, **dará lugar a que el juez designe perito en rebeldía del oferente**”.

Y por otro lado, a continuación, y en la misma tesitura y por si fuera poco, en el mismo párrafo de la fracción VI del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles en vigor y aplicable para el Distrito Federal, continua:

“ Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentara el escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente”

Es decir, si el contrario del oferente de la prueba pericial, no designa perito o el perito por este designado, no presentara el escrito de aceptación y protesta del cargo, la pena procesal será que se tenga a este por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente.

Lo anterior resulta a criterio del sustentante ilógico, contradictorio e incongruente, ya que es evidente que no se están dando las mismas oportunidades a las partes y se encuentra una clara parcialidad a favor del oferente de la prueba pericial, ya que por un lado si el oferente de la prueba, llámese actor o demandado, si este no presenta el escrito del perito donde acepte y proteste el cargo, **dará lugar a que el juez designe perito en rebeldía del oferente** y por el otro lado, si el contra oferente de la prueba, no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentara el escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente, lo cual a mi parecer es inequitativo.

Por otro lado es evidente que la omisión por parte del oferente de la prueba, el “castigo procesal” es el que **el juez designe perito en rebeldía del oferente** siendo omiso en indicar con claridad, el legislador, hasta cuantas ocasiones podrá el juez, designar perito en rebeldía, esta reflexión, nace en virtud de que en la

practica, ha sucedido que hasta en 4 ocasiones el juez ha nombrado perito en rebeldía, lo cual nuevamente resulta inequitativo.

No paso por alto, el principio procesal que reza, que donde la ley no distingue, el juez no puede distinguir, lo anterior en atención a que desde el estricto sentido de la ley, esta no indica con precisión y claridad hasta cuantas veces podrá el juez nombrar perito en rebeldía, pues en estricto sentido esto seria indeterminadamente, lo cual va en contra del animo propio del legislador de las reformas del 26 de mayo de 1996, ya que si la finalidad de modificar estos artículos era la de terminar en principio con aquella prueba de carácter colegiada, y cuyo objetivo era la de que los juicios se volvieran interminables en virtud de una prueba que en innumerables ocasiones se utilizaba a manera de “chicana” para dilatar la terminación de los juicios, es evidente que en la practica y al ser imprecisos en este sentido, en la actualidad este articulo es utilizado en algunas ocasiones para dilatar los juicios, ya sea por la parte actora o por la parte demandada.

En el segundo párrafo del la misma fracción VI del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, esta nos indica:

“En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con este dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, el juez designará en rebeldía de ambas un perito único, el que rendirá su dictamen dentro del plazo señalado en las fracciones III o IV según corresponda.”.

“En los casos a que se refiere el párrafo anterior, el juez sancionará a los peritos omisos con multa equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.”

Los señalado en el párrafo anterior, resulta de igual forma inequitativo, en virtud de que ahora, en caso de que el perito designado por cualquiera de las partes que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen en el termino concedido, se entenderá que se acepta el dictamen rendido por la contraria, lo cual a mi parecer resulta inequitativo, ya que ahora resulta que si por la impericia, descuido, negligencia o cualquiera que sea el motivo, cualquiera de los peritos dejare de rendir su dictamen, se entenderá que se esta conforme con el dictamen rendido por el perito de la contraria, y como pena al perito ante dicha omisión, es la contemplada en el tercer párrafo de la fracción VI del articulo 347 del Código de Procedimientos Civiles, siendo esta una multa equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

En primer lugar, no hay que dejar pasar por alto, que tenemos que ver si la culpa de dicha omisión es atribuible a el perito, pues de ser así, se aplicaría el tercer párrafo de la fracción del articulo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, consistente en una multa de sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Por lo anterior y en caso de ser culpa del perito dicha omisión, ¿por que se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria?, pues ante tal hipótesis el sustentante estimo que se trata de una doble pena procesa.

Por un lado, a la parte que por culpa (tal vez) del perito, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con este dictamen, estaríamos ante una pena procesal, en el entendido que dicha omisión puede ser ajena a la parte y atribuible al perito, y;

Por otro lado se señala una multa a los peritos omisos equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, lo cual equivale a un segunda pena, lo cual considero injusta e inequitativa, y lo cual podría traer como consecuencia el éxito o fracaso en un juicio.

Estimo conveniente hacer una reflexión, pues en la vida diaria y en la practica me he enfrentado a que es el actor quien en la mayoría de las ocasiones le interesa se resuelvan con la mayor prontitud los asuntos, basta con que el demandado al acreditar su excepciones y defensas, ofrezca la prueba pericial, para que con fundamento en el articulo 347 fracción VI, del Codito de Procedimientos Civiles, intente dilatar la secuela procesal y vaya que en la practica suele darles resultado.

6.4. COMPARACION DEL ARTICULO 347 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, ANTES Y DESPUES DE LAS REFORMAS DEL 26 DE MAYO DE 1996

ARTICULO 347 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES ANTES DE LAS REFORMAS DEL 26 DE MAYO DE 1996	ARTICULO 347 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DESPUES DE LAS REFORMAS DEL 26 DE MAYO DE 1996.
<p>ARTICULO 346. Los peritos deben tener titulo en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su parecer, si la profesión o el arte estuvieren legalmente reglamentados.</p>	<p>“ARTICULO 346.- La prueba pericial solo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate, mas no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presupone como necesarios en los jueces, por lo que se desecharán de oficio aquellas periciales</p>

<p>Si la profesión o el arte no estuvieren legalmente reglamentados, o estándolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas, aun cuando no tengan título.</p>	<p>que se ofrezcan por las partes para ese tipo de conocimiento, o que se encuentren acreditadas en autos con otras pruebas, o tan solo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares.</p> <p>Los peritos deben tener título en la ciencia, arte, técnica, oficio o industria a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer, si la ciencia, arte, técnica o industria requieren título para su ejercicio.</p> <p>Si no lo requieran o requiriéndolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas a satisfacción del juez, aun cuando no tengan título.</p> <p>El título de habilitación de corredor público acredita para todos los efectos la calidad de perito valuador.”</p>
<p>ARTICULO 347. Cada parte dentro del tercer día nombrará un perito, a no ser que se pusieren de acuerdo en el nombramiento de uno solo. El tercero en discordia será nombrado por el juez.</p>	<p>“ARTICULO 347. - Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:</p> <p>I. Señalaran con toda precisión la ciencia, arte, técnica, oficio o industria</p>

<p>Las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos para la aceptación del cargo, salvo que el perito sea de los que nombre el juez conforme al artículo 348, en cuyo caso deberá ser notificado por el tribunal.</p>	<p>sobre la cual deba practicarse la prueba; los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deban resolver en la pericial, así como la cédula profesional, calidad técnica, artística o industria del perito que se proponga, nombre, apellidos y domicilio de éste, con la correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos;</p> <p>II. Si faltare cualquiera de los requisitos anteriores, el juez desechará de plano la prueba en cuestión;</p> <p>III En caso de estar debidamente ofrecida, el juez la admitirá, quedando obligados los oferentes a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño, debiendo anexar copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica o industria para el que se les designa, manifestando, bajo protesta de decir verdad, que conocen los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial, así como que tienen capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular, quedando obligados a rendir su dictamen dentro de los diez días siguientes</p>
--	--

a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de peritos.

IV. Cuando se trate de juicios sumarios, especiales o cualquier otro tipo de controversia de trámite específicamente singular, las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos dentro de los tres días siguientes al proveído en que se les tenga por designados para que se cumpla con lo ordenado en el párrafo anterior, los cuales quedan obligados en estos casos, a rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado el cargo.

V. Cuando los peritos de las partes rindan sus dictámenes, y éstos resulten substancialmente contradictorios, se designará al perito tercero en discordia tomando en cuenta lo ordenado por el artículo 349 de éste código:

VI. La falta de presentación del escrito del perito del oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que el juez designe perito en rebeldía del oferente. Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentara el escrito de

aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente.

En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con este dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, el juez designará en rebeldía de ambas un perito único, el que rendirá su dictamen dentro del plazo señalado en las fracciones III o IV según corresponda.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, el juez sancionará a los peritos omisos con multa equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

VII. Las partes quedan obligadas a pagar los honorarios de los peritos que hayan nombrado, así como a presentarlos cuantas veces sea necesario al juzgado. También quedarán obligadas a presentar el

	<p>dictamen pericial dentro del plazo señalado, debiendo presentar los peritos el original de su cédula profesional, o de los documentos anexados a sus escritos de aceptación y protesta del cargo.</p> <p>VIII. Las partes en cualquier momento podrán convenir en la designación de un solo perito para que rinda su dictamen al cual se sujetaran, y</p> <p>IX. También las partes en cualquier momento podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer observaciones al mismo, que serán consideradas en la valoración que realice el juez en su sentencia.”</p>
<p>ARTICULO 348. El juez nombrará los peritos que correspondan a cada parte en los siguientes casos:</p> <p>IV. Si alguno de los litigantes dejare de hacer el nombramiento en el termino señalado en el articulo anterior;</p> <p>V. Cuando el designado por las</p>	<p>“ARTICULO 348. El juez, antes de admitir la prueba pericial, dará vista a la contraria por el término de tres días, para que manifieste sobre la pertinencia de tal prueba y para que proponga la ampliación de otros puntos y cuestiones además de los formulados por el oferente, para que los peritos dictaminen.</p>

<p>partes no se presente dentro de las cuarenta y ocho horas que sigan a la notificación a las partes del auto que tenga por admitida la prueba;</p> <p>VI. Cuando el que fue nombrado y acepto el cargo lo renunciare después;</p>	

Es necesario subrayar que la inseguridad procesal en la que se coloca a las partes es consecuencia del mandato contenido en el texto del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles vigente que vulnera la esfera de los gobernados, constituyéndose en un ordenamiento notoriamente anticonstitucional e injusto por su falta de técnica legislativa; seguridad jurídica; ética jurídica; certeza jurídica; y ser contraria a los principios generales del proceso y a los principios generales del derecho natural y a la equidad.

La técnica nos señala que debe haber un conocimiento científico mínimo de la realidad pues sin este conocimiento se fracasa, no solo en la ciencia del derecho, sino en la aplicación, abstracción y conocimientos de cualquier ciencia, por lo que reviste excepcional importancia tener el concepto de la realidad y de sus condiciones concretas, pues es la realidad donde se realiza la ejecución técnica.

La calidad de ésta se encuentra en función directa de la habilidad o destreza práctica del técnico, en este caso del legislador.

Se puntualiza en este momento que el derecho es a la vez, ciencia, técnica, arte y filosofía:

A).- EL DERECHO COMO ARTE: Por arte se entiende la actividad práctica del hombre que tiende a la producción de lo bello. En el derecho, la palabra arte es toda actividad práctica humana que implica elecciones valoradas en función del perfeccionamiento del hombre integral.

La filosofía por su parte nos dice como debe ser el hombre, éste debe perfeccionarse hasta alcanzar su pleno desarrollo intelectual, físico y moral y para ello debe atender a los medios para alcanzar ese fin.

Es preciso seleccionar entre los medios aptos aquel que se valora más oportuno y apropiado a las circunstancias. El acierto de la elección dependerá en gran parte de la atención que se dedique a las circunstancias del caso, todo esto hay que valorarlo en función de un aspecto que contribuye al perfeccionamiento del hombre que es la belleza.

Son requisitos del arte: 1.- El conocimiento teórico de los principios y posibilidades científicas aplicables al caso, 2.- El talento (o intuición artística) que permite valorar cada medio posible en función del fin propuesto; y, 3.- La prudencia en el seleccionar los medios de acuerdo con el fin y las circunstancias.

En el quehacer de los legisladores deben observarse estos puntos en su creación legislativa, puesto que al crear una Ley, un reglamento o un decreto, se está haciendo arte, puesto que antes no existía el texto que así debe elaborarse.

B).- EL DERECHO COMO TÉCNICA.- La técnica es la actividad humana que aplica diestramente los conocimientos científicos en la realización práctica de un fin determinado, por lo que los legisladores deben aplicarla en su actividad para lograr un ordenamiento lógico, coherente y de conformidad con la realidad a la que debe modificar el precepto en cuestión.

En la técnica se deben observar cuatro distintos pasos como son:

- 1.- Elección de métodos de trabajo pero no de fines;
- 2.- Conocimiento científico mínimo de la realidad, pues sin él se fracasa, sin ser éste profundo;
- 3.- Observar las condiciones de la realidad concreta ya que es en la realidad concreta donde se realiza la ejecución técnica; y,
- 4.- La calidad de la realización está en función directa de la habilidad o destreza práctica del técnico, en este caso el legislador.

Concretamente la técnica legislativa nos obliga a expresar los esquemas jurídicos en un lenguaje técnico-jurídico, pero como éstos no se presentan aislados, puesto que se manifiestan en leyes o en códigos para formular tales esquemas, es necesaria la técnica legislativa que es la disciplina que atañe a la elaboración y formulación de los ordenamientos jurídicos, por lo que obliga a los legisladores y jueces éstos al dictar sentencia.

“...Sin embargo la teoría de la técnica, aunque extraída del derecho romano, es una verdad general para todos los pueblos, lo mismo que acontece con los principios del método matemático. El método jurídico no es una regla exterior, arbitrariamente aplicada al derecho; es el medio único suministrado por el mismo derecho, en virtud de una necesidad contenida en su esencia misma, de regular de una manera segura la marcha del derecho en el dominio de la práctica”.³

³ Von Ihering, Abreviatura..., p. 231

C).- LA TÉCNICA LEGISLATIVA obliga a la división de las leyes y códigos en artículos, capítulos, títulos y libros o sea que, no es algo arbitrario sino que debe corresponder a un plan que el legislador tiene para ordenar las materias tratadas. Lo relativo a una misma cuestión debe quedar agrupado y separado de lo que se refiere a otras cuestiones y cada artículo debe tratar una sola cosa, se indica también, de acuerdo a la técnica legislativa, que al tratar dos o más cuestiones en un mismo artículo daría como resultado un ordenamiento confuso, oscuro y de imposible aplicación. Por otra parte, se deben distinguir los artículos que expresan normas jurídicas y los que contienen definiciones. Toda Ley debe ser metódica del jurista, tanto teórica como práctica, tanto respecto del *ius Conditium* como respecto del *ius condendum*.

Por otra parte debemos distinguir cuatro aspectos de la ciencia del derecho:

a).- Aspecto Científico: conocimiento de los datos jurídicos.

- Ciencias auxiliares.
- Ciencias de la Historia del Derecho.
- Ciencia de la Sistemática Jurídica.

Los esquemas jurídicos son el producto de la operación por la cual el jurista abstrae de la realidad jurídica, determinados aspectos constantes que interesan a la justicia y que, una vez técnicamente formulados, servirán de instrumentos necesarios a la realización de la misma. Los esquemas jurídicos como objetos del pensamiento, no solo pueden ser concebidos sin la materia, sino que hasta pueden existir sin ella, ya que porque jamás existen en la materia, como los derechos subjetivos y la regla "*pacta sunt servanda*", ya porque existen en las cosas materiales como en las inmateriales, como lo son los de la persona y los de servidumbre.

Los esquemas jurídicos son las partes que forman el contenido material de todo el sistema normativo jurídico, son creación de la voluntad de la autoridad a base de las dos coordenadas: la de los ideales de justicia y la de las circunstancias históricas. La formulación es la forma y pertenece a la técnica, en tanto que los esquemas son la materia construida artísticamente. Los esquemas están latentes en la vida jurídica de un pueblo y se vuelven principios generales del derecho.

b).- Aspecto filosófico: valoración de los datos jurídicos.

- Filosofía del Derecho.
- Deontología jurídica.

c).- Aspecto Artístico: En el aspecto artístico debemos distinguir la construcción de los esquemas jurídicos, principalmente pues es la parte artística del derecho o de la actividad del jurista en la ciencia jurídica, que por oposición de la ciencia del derecho debe tomarse como los moralistas llaman “Actos Humanos”, que son aquellos que se llevan a cabo con conocimiento y libertad y que reflejan la actividad humana, distinguiéndose de los actos del hombre “aquellos que tienen por sujeto al ser humano, aunque se hagan sin conocimiento o libertad”.

d).- Aspecto técnico: Respecto de la aplicación de los esquemas jurídicos, es de distinguir:

1.- Lenguaje técnico jurídico. No se deben utilizar sinónimos, en derecho no existe.

2.- Técnica legislativa.

3.- Jurisprudencia que es la interpretación metódica del derecho, o sea las técnicas interpretativas de la ciencia del derecho; y,

4.- Técnica de la ejecución del derecho.

Es necesario indicar que cada aspecto de la ciencia del derecho tiene su razón de ser, y tiene que ver con la realidad y la doctrina.

Existen actividades humanas donde se entrecruzan la ciencia, la filosofía y la técnica, pero es necesario distinguir cada uno de estos aspectos de la actividad teórica y práctica del humano, pues cada aspecto tiene un método propio.

En el cuadro siguiente, se contemplarán lo característico de estas actividades humanas para ayudar, gráficamente a su entendimiento:

	Ciencia	Filosofía	Arte	Técnica
	La verdad:			
FIN	Parcial	Total	Perfeccionamiento del hombre	Realización concreta

ESENCIA	Conocimiento teórico por las causas:		Actividad práctica:	
	Próximas	Últimas	Seleccionadora de medios	Sujeta a condiciones
MÉTODO	Fundamentación racional de por qué es así y por qué debe ser así		Valoración fundada racionalmente de cómo lograr lo que debe ser	Ejecución: planeada de un fin concreto

El derecho es un instrumento en manos de la autoridad, ésta lo puede usar para diversos fines, así podemos decir que el finis operantis puede ser: la ambición personal, la protección de los intereses de una clase social, el acrecentamiento del poderío nacional o el obtener la paz social, conservando simplemente el estado de cosas, mal llamado “estado de derecho”, puesto que a lo que hay que atender, es al orden jurídico que tiende a estabilizar a una sociedad determinada, si no se entiende esto claramente, se invoca un “estado de derecho”, sin tomar en cuenta que también hubo un estado fascista y un estado nazi que también fueron estados de derecho y que ahora y durante la guerra fueron condenados.

Estos fines, que son intrínsecos, podrán tener algunos aspectos justificables, más la autoridad que los alegara como únicos móviles de sus construcciones jurídicas, no lograrían el convencimiento de los súbitos mejor preparados, ya que el instrumento se estaría usando para fines inadecuados. No puede haber otro finis operantis del derecho, más que el bien común, de aquí el razonamiento que se hace líneas arriba, respecto a lo absurdo por contradictorio del término “estado de derecho”.

Distinguiremos al bien común del bien individual y del bien público. Empecemos por bien individual, que debe entenderse por el de cada individuo sin atender a lo que beneficia a la comunidad, tal es el caso de liberalismo económicos que defiende al bien individual diciendo que es el finis operantis del derecho por eso se concibe al estado “gendarme” que es el que obedece a la fórmula LAISSER FAIRE y LAISSER PASSE, dejar hacer, dejar pasar. Es de mencionar que nuestro actual gobierno, de tres años a la fecha, ha tomado esta posición y se confirma con las declaraciones hechas por Vicente Fox Quezada, que aparecieron en los diarios de la República, publicado el primero de Febrero del dos mil cuatro y que tienen la manifiesta confesión, que en este momento se recoge como confesión de parte; ya que siendo abogados cultivamos y defendemos la causa de nuestra sociedad, esta confesión dice que el gobierno deja a la sociedad civil y en su caso coadyuva con ella, esto es, que la ausencia de principio de autoridad, es confesada, añadiendo en su declaración que ya no se trata de un estado intervencionista, o sea que, la fórmula de LAISSER FAIRE Y LAISSER PASSE está siendo utilizada en este neoliberalismo irreflexivo que ha llevado a **una pasividad total y absoluta de la autoridad** y a una crisis existencial total a la sociedad mexicana a la que pertenecemos y que en esta forma, nosotros, los abogados, señalamos públicamente porque nuestra causa es y será siempre la sociedad a la que pertenecemos.⁴

Seguimos con los fines extrínsecos del derecho. El instrumento (derecho) se estaría usando para fines inadecuados, ya que el finis operantis del derecho no puede ser, más que el bien común.

Por bien público, se entiende el bien del todo social. Las doctrinas estatistas lo consideran el fin extrínseco del derecho, haciendo al individuo instrumento del crecimiento del estado y no lo contrario, como debe ser. Se puede definir al bien común como la realización duradera de “aquellas condiciones exteriores

⁴ EXCELSIOR, primera plana. Domingo, 1º de febrero de 2004.

necesarias al conjunto de los ciudadanos para el desarrollo de sus cualidades, de sus funciones, de su vida material, intelectual y religiosa”.⁵

Por ultimo señalo que se entiende por técnica legislativa la disciplina que atañe a la elaboración y formulación de los ordenamientos jurídicos.

⁵ S.S. Pío XI, Radiomensaje del 24 de diciembre de 1942.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El derecho no solo es técnica, como afirman algunos procesalistas, también es ciencia, arte y sobre todo filosofía, solo así concebido es asequible a los profesionales que lo maneja y frente al cual desarrollan diversas actitudes y personalidades como son las de Legislador, Juez, Litigante y Ministerio Público, por lo anterior y siguiendo el pensamiento de Cicerón, afirmamos que la ciencia del derecho debe extraerse de los arcanos de la filosofía, tal es la premisa que informa el presente estudio.

SEGUNDA. Los VALORES, esos vilipendiados, olvidados e inobservados cobran el precio de un olvido mediante manifestaciones diversas con todo tipo de crisis y hace cambiar a la humanidad por ellas, humanidad a la que pertenecemos. No existe posibilidad de trascendencia si no son observados.

TERCERA. Esta justicia que atiende a la idea del derecho es la aplicable, estrictamente, a jueces y legisladores que deben tener en la mira para dictar sus resoluciones, dar sus opiniones los primeros, y crear instituciones jurídicas los segundos para resolver, unos y otros, los problemas de la sociedad, a través de sentencias que son las leyes particularizadas y de ordenamientos jurídicos que son las leyes generalizadas.

CUARTA. Se puede decir, entonces, que respecto a la materia que nos ocupa, tanto los jueces como los legisladores, han llevado, increíblemente, a una encrucijada procedimental a las partes en el proceso, al dictar el nuevo texto del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles.

QUINTA. Las opiniones contradictorias de los jueces representantes del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, así como las de los legisladores, dejan en un estado absoluto de indefensión a la sociedad entera, impidiéndoles, por su oscuridad y defecto legal, tanto del texto de la Ley, de las sentencias y de las opiniones, negando así la procuración de la justicia y no solamente esto, sino lo que es peor, impidiendo el ejercicio de acciones y derechos y la concretización de estos últimos en perjuicio de los principios generales del derecho, del procedimiento y que en especial del principio de certeza jurídica que debe contener toda norma jurídica.

SEXTA. Los principios que rigen el procedimientos civil son de suma importancia, ya que estos determinan la finalidad del proceso, señalando así, las reglas bajo las cuales deben ajustarse las partes al tramitar el juicio de que se trate, y la forma en que deben aplicar la norma procesal.

SEPTIMA. El objeto de todo proceso, es el de llegar a una sentencia que resuelva la controversia, la cual es susceptible de hacerse cumplir coactivamente, en caso de no ser cumplida voluntariamente por la parte condenada. De esta forma es que litigio, procedimiento, sentencia y eventualmente la ejecución se manifiestan en todo tipo de procesos.

OCTAVA. El proceso se encuentra dividido en fases o etapas donde las partes tratan de demostrar fehacientemente con sus pruebas la verdad de los hechos plasmados en el escrito inicial de demanda o en la contestación de esta.

NOVENA. En el proceso existen las siguientes etapas: Escrito inicial de demanda, contestación de demanda, audiencia previa y de conciliación, ofrecimiento de pruebas, audiencia de desahogo de pruebas, conclusiones, alegatos, sentencia.

DECIMA. En el proceso existe la audiencia previa y de conciliación, en donde el conciliador exhorta a las partes a llegar a un arreglo por medio de un convenio judicial, misma que hace las veces de sentencia ejecutoria, con la finalidad de llegar a un arreglo entre las partes y no seguir todo el proceso.

DECIMA PRIMERA. Dentro del proceso, se encuentra la etapa probatoria, en el que se desahogan las diversas pruebas plasmadas dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, como son la confesional, testimonial, documentales publica y privada, pericial, instrumental y presuncional legal y humana, que van a auxiliar al juzgador a emitir una resolución conforme a derecho.

DECIMA SEGUNDA. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el artículo 281, establece que “las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones “.

DECIMA TERCERA. Por lo que la carga de la prueba, según lo establece el artículo 281 del Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se considera como una obligación, toda vez que la ausencia de las pruebas, trae aparejada la pérdida de la utilidad de la prueba y como consecuencia la pérdida de la acción u excepción que se pretende probar.

DECIMA CUARTA La garantía de audiencia y seguridad jurídica implica que para poder privar a una persona de su vida, libertad, posesiones o

derechos, se tiene que cumplir con un juicio previo, el cual debe seguirse ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, y que este regulado por leyes vigentes en el momento en que sucedieron los hechos.

DECIMA QUINTA. La garantía de prueba consiste en otorgar a los litigantes la oportunidad y los medios probatorios necesarios para demostrar sus afirmaciones.

DECIMA SEXTA. Actualmente y a partir de la reforma de mayo de 1996, que sufrió nuestro código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, existe un problema con los juicios que se ventilan ante el tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en lo que se refiere específicamente al ofrecimiento, admisión y preparación de la prueba pericial en el juicio Ordinario Civil, ya que son afectados los derechos de las partes procesales, y en especial de la contraparte del oferente de la prueba pericial, ya que no tienen las mismas oportunidades y como consecuencia se da la falta de equidad procesal en la misma.

DECIMA OCTAVA. -El artículo 347 del Código de procedimientos civiles, en cuanto al ofrecimiento de la prueba pericial, no es equitativo ya que el oferente de la prueba, tiene oportunidad de no presentar a el perito de su parte, debiendo el juez nombrar uno en su rebeldía, en cambio el contrario del oferente de la prueba, no tiene oportunidad de que se le nombre uno en su rebeldía.

DECIMA NOVENA. El artículo 347 del Código de procedimientos Civiles, no precisa hasta cuantas veces se podrá nombrar perito en rebeldía del oferente de la prueba pericial.

VIGESIMA. La pena procesal para el contrario del oferente de la prueba pericial, en caso de que su perito no acepte y proteste el cargo conferido, o no rinda su dictamen pericial, es que se tenga por conforme con el dictamen pericial rendido por su contraria oferente de la prueba.

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y de Comercial. Buenos Aires, Ed. Esiar Soc. Anon. Editores, 1958, t III pp. 4 471 a 474.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Introducción al estudio de la prueba", en estudios de derecho probatorio, Universidad de Concepción, 1965, pp115 y 116

ALCALA-ZAMORA y Castillo, Niceto. Síntesis del Derecho Procesal. Panorama de Derecho. UNAM. 1966 P.10

ARAGONESES Alonso Pedro. Proceso y derecho procesal. Editorial Aguilar, Madrid, 1960. P.256.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Practica Forense Civil y Familiar*, Ed. Porrúa, México, 1994

ARELLANO García, Carlos. Teoría general del proceso. Editorial porrúa, México, 1998. p.3

ARISTOTELES, Ética Nicómaco. Cap. XI. Lec V. Ed. Porrúa S.A.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El juicio Ordinario Civil*. De. Trillas, México, 1980, pp.745

BRISEÑO SIERRA, Humberto, Derecho Procesal, México, Cárdenas Editor, t. IV, p 346, 1969.

- BRISEÑO Sierra, Humberto Derecho procesal. Harla, México, 1995. P. 42
- BEJARANO Sánchez, Manuel. OBLIGACIONES CIVILES. Editorial Textos jurídicos Universitarios. Primera Edición. México 1981. Pagina 234
- CANTÚ LÓPEZ, Tomás. "Teoría del Derecho". P. 83
- CARNELUTI, Sistema di Diritto procesuale civile, vol. I, pág. 675.
- CARNELUTTI, Francesco, La proba civile, atehenaeum, Roma, 1915.
- DIAZ Luque Esquilo "De los Reinos del Ser". I, II y III, Diario "Sol de México", suplemento: "Misión Política". Febrero 2004, México
- DELLEPIANE, pág. 32; LAFAILLE, contratos, t. 1 pag 194.
- DE PINA Rafael, CASTILLO LARRAÑAGA, José, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa, S.A., México, 1950, p 231
- DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de derecho. Proceso P.420
- FERNÁNDEZ-GALIANO, A.: Curso de derecho natural. Madrid, 1962
- GALÁN, E.: Ius naturae. Madrid, 1961.
- GOLDSCHMIDT, Derecho procesal Civil, pág. 257
- GÓMEZ LARA, Cipriano, "La prueba en el derecho Mexicano del Trabajo, en revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM, Num. 72 1968, pp. 831 y 832

GOMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Ed. Harla, México. 1991. pág. 103.

GOMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983

HOBBSBAUN, Erick. LAS REVOLUCIONES BURGUESAS. Ediciones Quinto Sol, S.A. 1ª Edición. México, 1982

LA REPUBLICA, III, 22. Cit. Villoro Toranzo, Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa, México 196. p.p. 7 y 8)

MARITAIN, J.: El hombre y el Estado. Buenos Aires, 1952.

MARGADANTS, Guillermo, Derecho Romano pp. 167 a 170. Ed. Esfinge S.A. de C.V.

MOREL pag. 359

PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa S.A. México. 1994.

PALLARES, Eduardo. Derecho procesal Civil. P. 78

PETIT Eugene. TRATADO ELEMENTAL DEL DERECHO ROMANO.- Editorial EPOCA, S.A. traducido de la Novena Edición Francesa, México.

PÉREZ PALMA, Rafael "Guía de Derecho Procesal Civil". P.4

SALDAÑA Benard Agustín Campos “La razón Jurídica Natural y el Derecho a la Guerra”. Universidad Latina, S.C., México, D.F., 2003. Facultad de Derecho

SENTIS MELENDO, Santiago, “Introducción al Derecho Probatorio” en estudios procesales en memoria de Carlos Viada, Madrid, Prensa Castellana, 1965, p.565

RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho, Traducción de Wenceslao Roces, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998. p. 31

OVALLE FABELA, José Derecho Procesal Civil. Colección de textos Jurídicos Universitarios. Pp 109 y 110.

OVALLE Favela, José. Teoría General del Proceso, citando a VÉSCOVI, Enrique. 1971.p.71

VICENTE Y CERVANTES, Tratado de Procedimientos, Vol. II, pág. 121.

S.S. Pío XI, Radiomensaje del 24 de diciembre de 1942.

VON Ihering, Abreviatura..., pp. 231 s

LEGISLACIÓN

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, Ed. Porrúa, México, 1994.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, Ed. Porrúa, México, 1999.

DICCIONARIO Y PERIÓDICO

PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO, Ed. Porrúa, México 1995, pp. 791.

EXCELSIOR, primera plana. Domingo, 1º de febrero de 2004