

201  
201

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**



**FACULTAD DE DERECHO**

**SEMINARIO: DERECHO ROMANO E**

**HISTORIA DEL DERECHO**

**Los Medios Probatorios en el Derecho Procesal Romano y sus Repercusiones en el Orden Jurídico Vigente en el Distrito Federal**



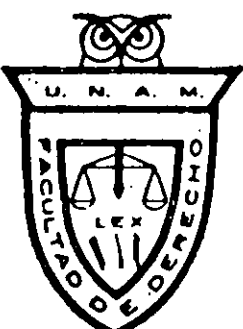
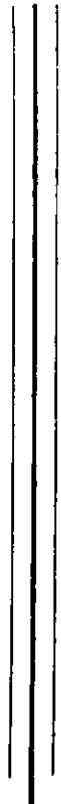
**T E S I S**  
**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA ELIAS SALVADOR JARDON RAMOS**

**Asesor: Lic. Raquel Sagaon Infante**

**México, D. F.**

**Agosto 1998**

266072



**TESIS CON FALLA DE ORIGEN**



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.

2025 03 10 10:00 AM

***A la causa eficiente e instrumental.***

## INDICE.

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

### PRIMERA PARTE : LAS PRUEBAS EN EL DERECHO PROCESAL ROMANO.

#### CAPITULO I. LOS SISTEMAS PROCESALES ROMANOS.

1. Generalidades.....	3
2. Las legis acciones.....	5
3. El sistema formulario.....	11
4. El procedimiento extraordinario.....	21
5. Procedimientos especiales.....	25

#### CAPITULO II. LA PRUEBA EN EL DERECHO ROMANO.

1. Concepto.....	29
2. Los medios de prueba en el <i>ordo iudiciorum privatorum</i> .....	32
A. Confesión.....	32
B. Interrogación.....	34
C. Juramento.....	36
D. Documental.....	39
E. Testimonial.....	41
F. Pericial.....	43
G. La presunción.....	44
H. Inspección judicial.....	45
I. La fama pública.....	46
J. Los indicios.....	46
3. Los medios de prueba en los procesos romanos.....	47
A. En las acciones de la ley.....	47
B. En el proceso formulario.....	48
C. En la <i>cognitio extraordinem</i> .....	48

#### CAPITULO III. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO EN EL DERECHO ROMANO.

1. Concepto.....	50
2. Fases de la etapa probatoria en los procesos romanos.....	51
A. En las legis acciones.....	52
B. En el sistema formulario.....	53
C. En el proceso extraordinario.....	54
3. El desenvolvimiento procesal de los medios probatorios en la fase probatoria de la <i>cognitio extraordinem</i> .....	54
4. Objeto de la prueba en el <i>ordo iudiciorum privatorum</i> .....	63

#### CAPITULO IV. LA ONUS PROBANDI EN EL DERECHO ROMANO.

1. Concepto.....	66
2. Distribución de la carga de la prueba.....	68
3. Inversión de la <i>onus probandi</i> .....	78
4. Poderes del juzgador para allegarse pruebas.....	80

SEGUNDA PARTE : LAS PRUEBAS EN EL DERECHO ADJETIVO DEL DISTRITO FEDERAL.

CAPITULO I.

LAS VIAS PROCESALES EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

1. Generalidades.....	82
2. El juicio ordinario civil.....	84

CAPITULO II.

LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

1. Concepto.....	88
2. Los medios probatorios en el Código adjetivo del Distrito Federal.....	89

CAPITULO III.

EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

1. Concepto.....	98
2. Fases de la etapa probatoria.....	99
3. El desarrollo adjetivo de los medios probatorios en la etapa probatoria del juicio ordinario civil.....	101
4. Objeto de la prueba.....	115

CAPITULO IV.

LA ONUS PROBANDI EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL.

1. Concepto.....	120
2. Distribución de la carga de la prueba.....	120
3. Inversión de la onus probandi.....	121
4. Poderes del juzgador para allegarse pruebas.....	122

CAPITULO V.

JURISPRUDENCIA.

1. Jurisprudencia en materia probatoria.....	125
--	-----

TERCERA PARTE : REPERCUSION DEL DERECHO PROCESAL ROMANO EN EL DERECHO ADJETIVO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

CAPITULO I.

LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL ROMANO Y EN EL ORDEN JURIDICO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

1. Semejanzas entre la prueba romana y la vigente en el Distrito Federal.....	135
2. Diferencias entre la prueba romana y la vigente en el Distrito Federal.....	139

CONCLUSIONES.....	143
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	145
-------------------	-----

## INTRODUCCION.

El objetivo de la presente obra, es el análisis del fenómeno procesal probatorio, en sus diversas dimensiones, tales como las siguientes :

- a. Concepto de prueba. ¿Qué es?.
- b. Medios demostrativos. ¿Cuáles son las herramientas para acreditar?.
- c. Objeto de la prueba. ¿Qué se prueba?.
- d. Procedimiento probatorio. ¿Cómo se prueba?.
- e. Carga de la prueba. ¿Quién prueba?.
- f. Valoración de la probanza. ¿Qué eficacia tiene cada elemento justificativo?.

Todo lo anterior la doctrina lo engloba, bajo el rubro de la teoría general de la prueba, siendo este estudio limitado al derecho romano y al vigente en México, Distrito Federal, desde el orden adjetivo, para obtener las soluciones, que cada uno de estos sistemas jurídicos, han dado a los problemas planteados con antelación. A fin de constatar la influencia de la cultura jurídica romana en la normatividad contemporánea del país antes referido.

Los medios de prueba tienen una transcendencia vital, en las relaciones jurídicas, no solo en las hipótesis de litigios, sino incluso en meras cuestiones administrativas, en las cuales el principio de la duda, es imperioso para evitar el desorden social, por ello es menester que el interesado en la celebración de algún acto jurídico, se respalde con los elementos demostrativos que coadyuvan a su propósito, sirva de paradigma lo siguiente : para efectuar un matrimonio, entre otras pruebas se exige la testimonial, la documental, etcétera, no solo para la forma del acontecimiento, sino para corroborar la idoneidad de los contrayentes.

Por ende carecer de elementos demostrativos, equivale a que los derechos subjetivos, formalmente sean inexistentes, luego entonces, surge la razón de ciertas formalidades e incluso la solemnidad exigida para algunos casos por el legislador, a fin de garantizar la eficacia de los actos o hechos jurídicos.

El interés que suscito la elaboración de este trabajo, es la fecundidad del tema aunado a su actualidad, siendo la base la curiosidad intelectual y ofrecer un material diferente a los usualmente conocidos, ya que entre la mayoría de los libros consultados, se aborda al derecho probatorio en un conjunto mas amplio dígase el derecho procesal o la teoría general del proceso, en tanto los

minoritarios aluden a todas o a una sola especie de pruebas, pero descartando algunas cuestiones de la materia, por ello se considero pertinente la exposición de la problemática relevante, en torno de los medios probatorios, ya que no basta la simple relación de los utilizados en Roma y en México para ponderarlos equitativamente, sino que hay que estimarlos a la luz de sus principios, funcionamiento, etcétera.

Respecto a las observaciones de la bibliografía, antes aludida, se comprende que su objetivo es divergente al perseguido en este trabajo, por lo cual, no se menosprecia su aportación, sino que al contrario, su presencia ha robustecido la investigación realizada, sobretodo tomando en cuenta que la técnica empleada para esta obra, ha sido netamente documental.

Ahora bien, en lo que se refiere a las fuentes jurídicas romanas empleadas, cabe mencionar que su consulta, es algo complicada, ya que presentan lagunas, dispersión de artículos relativos a x materia, interpolaciones de normas pertenecientes a otra época y unas partes son ilegibles. Dentro de lo positivo, contienen algunos postulados con validez universal.

Por lo que atañe a las mexicanas, su avance es notable, ya que tienen mayor precisión y armonía estructural, empero no dejan de presentar algunas deficiencias, tales como lagunas, por ejemplo en el sistema de valoración probatorio.

Por último, al elaborar esta tesis, entre algunas de las limitaciones del autor, es la carencia del dominio de lenguas extranjeras, por lo cual se utilizo preferentemente las obras en y traducidas al español.

PRIMERA PARTE : LAS PRUEBAS EN EL DERECHO PROCESAL ROMANO.

I. LOS SISTEMAS PROCESALES ROMANOS.

1. Generalidades.

Existen relaciones jurídicas que pueden verse afectadas en su eficacia, pues dependen del actuar positivo o negativo de una o mas personas. A continuación se explica cada supuesto :

a. En el primero (hacer) es menester que el obligado realice la conducta o prestación debida para que el acreedor tenga el goce efectivo de su derecho. Ejemplo : los derechos personales.

b. En el segundo (no hacer) se requiere que los terceros no se entrometan en la praxis del derecho ajeno, pues con esto basta para que el titular activo ejerza per se su prerrogativa.

verbigracia : los derechos reales. ( 1).

Luego entonces, si algún sujeto no observa el deber que le corresponda, surge la vulneración jurídica, ante la cual el sujeto afectado tiene la disyuntiva siguiente : en primer lugar, renunciar a su derecho, en segundo, exigir el respeto del mismo.

Ahora bien, al decidirse por la última opción, su ejercicio facultativo, se considera como algo lícito, salvo si se incurre en abuso jurídico, transgrediendo al orden de las cosas legales, por ejemplo : El uso de la violencia -excesiva- para lograr el acatamiento normativo. (2).

En los primeros tiempos no existía, por encima de los individuos, una autoridad superior que resolviera la controversia e impusiera su decisión, por lo cual el interesado solo podía recurrir a dos medios : el acuerdo voluntario entre las partes para establecer, cual de las pretensiones opuestas debía prevalecer, o de no lograr concordia, entonces queda el uso de la violencia. (3).

susceptible de ejercitarse por si mismo, o con ayuda de otras personas de índole particular -autotutela-, pero mas tarde, debido a las dificultades que presentaba, el hacerse justicia por mano propia, surgió la necesidad de que interviniera un tercero para lograr la observancia de la ley. (4). Para ello el derecho romano estableció la prohibición de la autodefensa de forma

1. Margadant S. Guillermo F. El Derecho Privado Romano. México. Ed. Esfinge, 18ª, ed, 1992, p. 138-139.
2. Iglesias, Juan. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. Barcelona, Ed. Ariel SA., 7ª ed. 1982, p. 196.
3. Alcalá Zamora y Castillo Niceto. Proceso, Autocomposición y Autodefensa. México, Ed. UNAM, 3ª ed. 1991, p. 61.
4. Cuenca Humberto. "El Proceso Civil Romano." Ed EJEA, 1957, p. 11.



general, salvo algunas excepciones -D.9.2.45.4.- Es en este momento cuando aparece el proceso como un modo de resolver una controversia, consistiendo en un conjunto de actos tendientes a verificar la existencia y violación de derecho subjetivos para imponer la sanción respectiva. (5).

Lo procesal no es sino un aspecto con que se muestra el ejercicio facultativo, cuando se sustrae del libre albedrío particular y es asumido por la autoridad pública que cuida de hacer cumplir coactivamente las obligaciones ya que al ente privado le era dable practicar su derecho mas no ejecutarlo. (6).

En conclusión el proceso privado romano es la actividad de los órganos jurisdiccionales cuya finalidad es dilucidar una contienda entre particulares mediante una declaración incuestionable acerca de la procedencia de las pretensiones exigidas por un litigante al otro, y en caso positivo aplicar las consecuencias jurídicas. (7).

En el devenir histórico procesal romano, existieron varios tipos de procesos, de los cuales destacan los siguientes : a. Las legis acciones, b. El sistema formulario, y c. La cognitio extraordinem. Siendo su desarrollo en el orden enunciado de forma sucesiva, pero con tiempos de coexistencia. (8).

Cabe aclarar que las acciones de la ley y el proceso per formulas tienen un carácter general común: la separación del proceso en dos instancias, una denominada *in iure*, otra llamada *apud iudicem*, por ello estos sistemas, la doctrina los agrupa bajo el nombre de *ordo iudiciorum privatorum* : orden de los juicios privados. (9).

Por otro lado los procesos menos trascendentes, son -por citar algunos- , la *summatim cognoscere*, el proceso por *rescripto* y la *episcopalis audientia*. (10).

5. Pietro, Alfredo di y Angel E. Lopicza. "Manual de Derecho Romano." Buenos Aires, Ed. Depalma, 4ª. Ed. , 1992. , p. 165.
6. Alvarez Suárez . Ursicino. "Horizonte Actual del Derecho Romano." Madrid, Ed. Consejo Superior de Investigaciones, 1944, p. 63-64.
7. Arangio-Ruiz, Vincenzo. "Instituciones de Derecho Romano." Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, p. 122.
8. Pallares, Eduardo. "Tratado de las Acciones Civiles." México, Ed. Porrúa SA., 4ª. Ed. 1981, p. 17-21.
9. Bonfante, Pedro. "Instituciones de Derecho Romano." Madrid, Ed. Reus SA., 5ª. Ed. 1979, p. 121.
10. Arias Ramos y Arias Bonet. "Derecho Romano I." Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 17ª. edición, 1984, p. 213.

## 2. Las legis acciones.

### A. Concepto.

Las legis acciones -acciones de la ley-, "son declaraciones solemnes, acompañadas de gestos rituales, que el particular pronuncia, por lo general ante el magistrado, con el fin de proclamar un derecho que se le discute o de realizar un derecho previamente reconocido." (11).

Gayo sostiene que las legis acciones se les denominaba en tal forma, ya que su existencia era debida a las leyes, pues en aquel entonces no estaban en uso los edictos del pretor, que dieron vida a la mayoría de las acciones, y añade que también se les conocía así en virtud de que estaban apegadas a los preceptos y por ello se les practicaba con fidelidad rigurosa al igual que aquellos. G.4.11.

Empero los tratadistas modernos consideran inexacta la explicación, toda vez que el derecho romano mas antiguo no proviene de las leyes sino de los mores -costumbres- y ya que antes de las XII Tablas ya existían la legis actio sacramento y la manus iniectio. Lo cual se corrobora con los resultados conseguidos por la lingüística moderna, según la cual el significado primordial del vocablo lex es el de fórmula verbal, del que dimanarían todas las demás acepciones, en consecuencia legis actio significaba no actuar según la ley, sino proceder por medio de una fórmula verbal - palabras invariables - . (12).

### B. Eficacia.

a. En el tiempo, aproximadamente estuvieron en vigor desde los orígenes de Roma ( 754 a. C. ) -según Petit, Arangio y Pallares- hasta el año 17 a.C. en que las leyes Iuliae abolieron las legis acciones supervivientes, salvo para dos casos : 1. La actio damni infecti, y 2. El centuvirale iudicium, G. 4,30 y 31.

b. En el espacio, se usaban en Roma y dentro de una milla de su perimetro por exclusividad para los ciudadanos romanos. (13).

### C. Características generales.

a. Es un proceso sacramental, ya que las partes han de observar el rito con exactitud, o sea solemnidad, bajo pena de perder la instancia. G.4.11.

11. Arangio-Ruiz, Vincenzo. "Las Acciones en el Derecho Privado Romano." Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1945, p. 17.

12. Biscardi, Arnaldo. "Temas de Derecho Romano." Barcelona, Ed. Bosh SA., 1987, p. 17-18.

13. Alamiro de Avila, Martel. "Derecho Romano." Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2ª. Ed., 1994, p. 185.

- b. Es un sistema oral, pues todavía no se desarrollaba la escritura. (14).
- c. Es un procedimiento privado, toda vez que el órgano decisorio es un particular. (15).
- d. Es un juicio dispositivo, ya que el impulso procesal es a cargo de las partes. (16).
- e. Es un sistema preclusivo, pues tenía una variedad de etapas en las cuales operaba la preclusión. Verbigracia, el efecto consuntivo de la litis contestatio. (17).
- f. Es una causa singular, ya que tan solo se resuelve una controversia planteada. (18).
- g. Es un pleito incontestable, pues no cabe apelación contra la sentencia. (19).
- h. En algunas acciones se manifiesta como declarativo, pues su finalidad era delimitar derechos y obligaciones, ejemplo la legis actio sacramento, la per conditionem y la per iudicis arbitrive postulationem. (20).
- i. Es proceso ejecutivo en lo que atañe a las acciones pignoris capio y manus iniectio, ya que estas tienden a realizar o poner por obra una sentencia. (21).
- j. Es un asunto bifásico, por tener dos etapas en el marco procesal, una denominada in iure - ante el magistrado -, la otra apud iudicem - ante el juez -. (22).

#### D. Clasificación de acciones de la ley.

En el sistema de las acciones de la ley, existieron cinco acciones, susceptibles de clasificarse en dos y son : 1. Declarativas, y 2. Ejecutivas.

a. Declarativa, es aquella cuyo objetivo es el determinar, una situación jurídica sobre la cual cabe discusión. Ejemplo : la legis actio sacramento, la condictio y la per iudicis arbitrive postulationem.

b. Ejecutiva, es aquella que tiende a hacer efectiva la observancia de alguna obligación, verbigracia : la manus iniectio y la pignoris capio. (23).

- 14. Cuenca, Humberto. Ob. Cit., p. P.16.
- 15. Pietro, Alfredo di y Angel E. Lapieza. Ob. Cit., p. 170.
- 16. Bonfante Pedro. Op. Cit. P. 121.
- 17. Biscardi Arnaldo. Ob. Cit., p. 20.
- 18. Iglesias Juan. Op. Cit., p. 198.
- 19. Alamiro de Avila Martel. Ob. Cit., p. 188.
- 20. Pallares Eduardo. Op. Cit., p. 11.
- 21. Arangio Ruiz Vincenzo. Ob. Cit., p. 19.
- 22. Margadant S. Guillermo F. Op. Cit., p. 140.
- 23. Arias Ramos y Arias Bonet. Ob. Cit. P. 167.

## E. Análisis de las acciones de la ley.

Por cinco modos se accionaba por la ley : por sacramentum, por iudicis postulatio, por con—  
dictio, por manus iniectio y por pignoris capio. G. 4.12.

A continuación se explica cada una de ellas :

a. La manus iniectio, es la aprehensión material que el acreedor o ejecutor hace de su deudor para obtener el pago de una suma de dinero, ya sea por el ejecutado, por sus parientes o ami—  
gos, mientras tanto el actor mantiene encadenado en su casa al reo, para que una vez transcu—  
rido cierto tiempo, de no lograr la eficacia de su crédito, proceda a venderlo en calidad de esclavo, fuera del territorio romano, o si lo prefiere lo puede matar. ( 24).

Existieron dos épocas en la manus iniectio, a saber .

-1- La justicia privada, en la cual bastaba cualquier deuda para poder aplicar esta acción y los plazos no estaban definidos mas que por la posibilidad de que se verificase el pago. El ejercicio de esta legis actio solo tenía el control de la opinión pública que se estima debió ser muy exigente, en cuanto que la deuda, fuese del dominio popular, a efecto de sacrificar al ciudadano.

-2- Fase de la intervención estatal, en esta etapa es sancionada la institución de la manus iniectioem, pero con múltiples garantías a saber .

- El acreedor que ejercita la actio antes de llevar a su casa al deudor, lo ha de presentar ante el magistrado, a fin de hacer una declaración solemne sobre el título base de la pretensión, y la cuantía del crédito.

- Con miras a un posible rescate, se determino un plazo idóneo antes de ejecutar la venganza.

- La acción procede solo cuando el débito, haya sido probado en justicia, o su existencia fuese evidente o de dominio público.

- Se autoriza a cualquier ciudadano, y en algunos casos al propio deudor, a oponerse si el ejercicio de la acción es injustificado. ( 25).

b. Legis actio sacramento, era una acción general, aplicable para los casos no previstos por la

24. Nina Ponssa de la Vega de Miguens. "Manual de Derecho Romano." Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1981, p. 192-193.

25. Arangio Ruiz, Vincenzo. Ob. Cit., p. 20-21.

ley. G.4.13. Se subdivide en dos variantes : una denominada *in rem*, para los derechos reales, y la otra llamada *in personam* para los derechos de crédito. ( 26).

En ambas el vocablo *sacramento* alude a una suma de dinero, que será pagada por el perdedor del litigio, a los gastos del culto, en un principio, a posteriori se destino al erario, por mandato de la ley *Papiria*. (27).

c. *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, era una acción especial, que procedía para los siguientes casos : 1. Lo que *versare* respecto a una *stipulatio*. 2. Para dividir una herencia : *actio familia erciscundae*. 3. Para repartir una copropiedad : *actio comuni dividundo*, y 4. En el supuesto de delimitación de linderos entre vecinos : *actio finio regundorum*. G.4.17.

d. *Pignoris capio*, consiste en que el acreedor se puede apoderar de una cosa mueble del deudor, pronunciando las palabras sacramentales, sin la presencia del magistrado y solo se podía aplicar en caso de débitos procedentes de ciertas cuestiones militares, fiscales o religiosas.

El efecto de la *pignoris capionem* es dudoso se estima que el ejecutor se la podía adjudicar o bien venderla para obtener su crédito. ( 28).

e. *Legis actio per conditionem* o *condictio*, fue constituida por la ley *Silia* para las cuestiones relativas a una suma de dinero determinada, y por la ley *Calpurnia* para los casos en que se demandaba una cosa definida. G.4.19.

F. Procedimiento de las acciones de la ley.

El procedimiento es el conjunto de moldes o formas que se deben acatar durante el proceso, siendo este último el marco jurídico que va desde la demanda hasta la sentencia y en su caso la ejecución de la misma. (29).

En las acciones de la ley excepcionalmente existía la representación procesal, por ende en su mayoría, el mismo interesado promovía, él cual para iniciar el procedimiento, salvo la *pignoris capio*, tenía que notificar a su contraparte mediante un apremio verbal para que compareciera ante el tribunal al mismo tiempo que él, - *in ius vocatio* - ante la negativa del requerido se puede usar la fuerza en presencia de testigos, el apremiado no ha de resistirse, excepto que in--

26. Max Kaser. "Derecho Romano Privado." Madrid, Ed. Reus SA., 2ª, ed. 1982, p. 421.

27. Petit Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano." México, Ed. Porrúa, 9ª, ed, 1992, p. 620-621.

28. Alamiro de Avila Martel. Op. cit., p. 195-196.

29. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit: p. 139.

tervenga un iudex que garantizará la presencia del reo. Posteriormente al estar ambas partes ante el magistrado, o los pontífices en los primeros tiempos, inicia la etapa *in iure*, en la cual el actor ha de recitar la declaración solemne prevista por la ley o señalada por el pontífice o jurisprudente laico, el reo por su parte contestaba lo que a su derecho le conviniera en términos sacramentales. La autoridad se limitaba a verificar el correcto accionar de las partes, y a determinar la controversia en las acciones declarativas, de no existir desacuerdo se consagró el derecho, de lo contrario, se llamaban a los testigos de cada parte para que atestiguarán la disputa - *litis contestatio* - y por consiguiente el magistrado designaba al juez o arbitro encargado de resolver la controversia - *iudicatio* -. Ante el juez inicia la etapa *apud iudicem*, en el lugar designado por las partes o en los comicios del foro., allí al iniciar se exponía una síntesis del pleito, esto debía ocurrir antes del mediodía, pues aquel que no se apersonase, en ese término, perdía el asunto., en caso de estar las dos partes, se lleva a cabo las pruebas, casi siempre testimonial, luego alegatos y sentencia - *inapelable* -, no requiere motivación y tiene efecto consuntivo, pues no puede replantearse. En cuanto la ejecución, había que iniciar otro proceso : *la manus iniectioem*. (30).

#### G. La decadencia de las *legis actiones*.

Las acciones de la ley llegaron a su ocaso, pues sus defectos eran graves, tales como los siguientes :

- a. Tenían un excesivo rigor y formalismo al grado que el mas mínimo error ocasionaba la pérdida del litigio para el infractor. G.4.11.
- b. Se le otorgaba mucho valor a la memoria y buena fe de los testigos de la *litis contestatio*. En ocasiones el testigo podía afirmar que sufría olvido, por eso las partes usaban como testigos a parientes y amigos, lo que originaba contradicciones entre lo sostenido por cada deponente de cada parte, con lo cual se obstaculizaba la labor del iudex. (31).
- c. Eran inmutables pues tan solo se podían aplicar a los casos previstos por las leyes y entre ciudadanos romanos. (32).
- d. Al principio a las palabras solemnes se les atribuía un poder sagrado pues eran preparadas por los sacerdotes - *indagación ordálica* -, empero después se desconfió de estos métodos. (33).

30. Pietro Alfredo di y Angel E. Lopicza. Ob. cit., P. 169-170.

31. Arangio Ruiz, Vincenzo. Op. cit., P. 48.

32. Alamiro de Avila Martel. Ob. cit., p. 197.

33. Biscardi, Arnaldo. Ob. cit., P. 18-19.

H. Cuadro sinóptico de las legis acciones.

Legis acciones	Clases.	Ejecutivas	Manus iniectio Pignoris capio.
		Declarativas	Sacramento. Per iudicis arbitrive. Condictio.
	Características del proceso.		Sacramental. Oral. Privado. Dispositivo. Preclusivo. Singular. Incontestable. Declarativo. Ejecutivo. Bifásico.
	Fases procesales	In iure.	In ius vocatio. Litis contestatio.
		Apud iudicem	Síntesis. Pruebas. Alcargatos. Sentencia.

### 3. El sistema formulario.

#### A. Concepto.

El sistema formulario es aquel que por medio de programas procesales por escrito y condenados, - comprimidos jurídicos - tiende a elucidar una controversia. Recibe el nombre de formulario, ya que el magistrado redacta instrucciones para el desarrollo del litigio, a las que se les denomina : fórmulas. ( 34).

El procedimiento formulario tiene su origen en los procesos extranjeros, en oposición a las legis acciones reservadas a los ciudadanos, basado en el ius civile., en tanto el formulario provoco el ius honorarium. La diferencia entre ambas formas de enjuiciar consiste en que las acciones de la ley son fórmulas verbales ajustadas a la ley y solemnes - certa verba -, en tanto en el formulario son modelos escritos adaptables al caso concreto y formalistas, - per concepta verba -. (35).

#### B. Vigencia.

a. En el tiempo, el procedimiento formulario estuvo vigente antes de la mitad del siglo II. a.C. - fecha en la que la ley Aebutia lo consolido, aproximadamente - empero es incierta la data de del inicio, en lo que se refiere a su fin acaeció en el siglo III de la era cristiana. (36).

b. En el espacio y personas, la ordinaria iudicia estuvo en vigor en Roma, siendo aplicable en un principio sólo a los extranjeros, y a éstos en conflictos con ciudadanos romanos, posteriormente se dio opción a éstos últimos para que ventilaran sus asuntos entre ellos, en el sistema de las legis acciones o en el formulario, según su preferencia. (37).

#### C. Características generales.

a. Es un proceso bifásico, pues se divide en dos etapas : in iure y apud iudicem. (38).

b. Es un sistema formalista, ya que las partes han de usar los moldes previstos por el pretor Para definir sus controversias pero la recitación es susceptible de amoldarse a sus propias palabras. (39).

c. Es un juicio privado, ya que la decisión del mismo esta a cargo de un iudex particular. (40).

34. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit., p. 153-154, y Petit Eugene. Ob. cit., p. 625.

35. Söhm Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano, México, Ed. Gráfica Panamericana SRL., 1951, p. 372-373.

36. Biscardi Arnaldo. Ob. cit., p. 21-28.

37. Pietro Alfredo di, y Angel E. Lapieza. Ob. cit., p. 173-174.

38. Walter Gerhard. "Libre Apreciación de la Prueba". Bogota, Ed. Temis, 1985, p. 11.

39. Cuenca Humberto. Ob. cit., p. 53

40. Iglesias, Juan. Op. cit., p. 215.



- d. Es un procedimiento escrito, ya que se utilizaban las fórmulas por escrito. (41).
  - e. Es un pleito dispositivo, toda vez que las partes tienen la carga de impulsar el asunto, el magistrado ya no es mero observador, pues interviene en las fórmulas de modo importante, empero la actividad de aquellas es la mayoría, y la que caracteriza al mismo. (42).
  - f. Es un litigio preclusivo, pues opera el instituto de la preclusión. (43).
  - g. Es una disputa singular, pues en él se discute una parte del patrimonio. (44).
  - h. En manera general es un pleito incontestable, hasta que aparece la figura del Príncipe, y se introduce un tipo de apelación al procedimiento. (45).
  - i. Es un sistema declarativo, ya que su finalidad es el esclarecer una controversia. (46).
  - j. Es un litigio analítico, pues se estudia por separado cada punto discordante. (47).
- D. Concepto y estructura de la fórmula.

La fórmula es un instructivo en el cual se le indica al juzgador el asunto del que deberá ocuparse y el sentido de su fallo acorde a los resultados del procedimiento probatorio. (48). Asimismo la fórmula es un contrato procesal celebrado por las partes (litis contestatio), ya que se requería cierto acuerdo de voluntades. (49).

La fórmula se integra de cláusulas, susceptibles de clasificarse en :

a. Principales, que se subdividen en :

- 1. Institutio iudicis, es el nombramiento del juez.
- 2. La demonstratio, es la exposición de los hechos que motivan el proceso.
- 3. Intentio, es la médula del comprimido jurídico, pues contiene la pretensión del actor.
- 4. Condemnatio, es la parte del modelo procesal que ordena condenar o absolver al demandado, según el resultado jurídico-probatorio. No importa cual sea el objeto del litigio, en toda ocasión se ordenaba el pago de una suma de dinero.
- 5. Adjudicatio, es aquella que se utilizaba exclusivamente en acciones divisorias, para atribuir en propiedad a los interesados, la parte que les correspondiera.

41. Ninna Ponssa de la Vega de Miguens. Ob. cit; p. 196.

42. Arias Ramos y Arias Bonct. Op. cit; p. 176-179.

43. Kaser Max. Ob. cit; p. 368.

44. Pietro Alfredo di, y Angel E. Lapieza. Op. cit; p. 182-186.

45. Ors Alvaro de. "Derecho Privado Romano." Pamplona, Ed. U. Navarra, 8ª, Ed. 1991, p. 156.

46. Pallares Eduardo. Ob. cit; p. 15.

47. Margadant S. Guillermo F. Op. cit; p. 154.

48. Alamiro de Avila Martel. Ob. cit; p. 208.

49. Arias Ramos y Arias Bonct. Op. cit; p. 180.

b. Accesorias, son las siguientes :

-1. Praescriptiones, son aquellas cuyo fin era limitar y precisar algunas cuestiones para evitar consecuencias desfavorables. Se subdividen en : pro actore y pro reo. (50).

-2. La exceptio, replicatio, duplicatio, etcétera, que consisten en lo siguiente :

- La exceptio, es una restricción al dicho del actor, se admiten como ciertos los hechos verificados por éste, pero se alega omisión de su parte.

- La replicatio, es para agregar circunstancias por el actor, con motivo de la exceptio.

- La duplicatio, es la reacción del demandado frente a la replicatio.

- La triplicatio, es la contrareacción del actor; tanto el actor como el reo pueden oponerse en la medida que el pretor se los permitiese. (51).

En resumen la fórmula es una orden planteada al juez en esta forma "...si resultaren verdaderos los hechos expuestos en la demonstratio y si resulta fundada la pretensión expuesta en la intentio, y siempre que no resulte verdadera la circunstancia de hecho o situación de derecho planteada en la exceptio, condena, entonces, juez, al demandado a pagar determinada, o a determinarse, suma al actor; si no resultan verdaderos aquellos hechos, o fundada aquella pretensión, o resulta positivo lo planteado en la exceptio, absuelve al demandado". (52).

E. Clases de fórmulas.

Cada acción tiene su modelo correspondiente, acorde a la pretensión que se haga valer. (53).

Por lo cual existieron varias clases de comprimidos jurídicos, susceptibles de clasificarse en lo que sigue :

-1. Según el respaldo jurídico, mayor o menor, e incluso inexistente, que tenga la receta procesal se clasifican en :

a. In ius conceptae, es la basada en el derecho - ius civile - (54).

b. In factum conceptae, es la que prescinde del derecho, y se considera digno de tutela al hecho, aunque no le asista el ordenamiento tradicional. (55).

c. Ficticia, es aquella en la que se extiende el ámbito operativo del ius civile, ya que se carece

50. Oderigo Mario. "Sinopsis de Derecho Romano". Buenos Aires, Ed. Depalma, 6ª. Ed., 1982, p. 139-141.

51. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit; p. 159.

52. Pietro Alfredo di y Angel .E. Iapicza. Op. cit; p. 180.

53. Kaser Max. Op. cit; p. 370.

54. Oderigo Mario. Ob. cit; p. 141.

55. Söhm Rodolfo. Op. cit; p. 382.

de x condición o circunstancia pero se actuaba como si existiera. (56).

-2. Según el sujeto en el que recae la condena, se tiene como única a la que hace trasposición de personas, y consiste en que los efectos del litigio se desplazan a una persona diversa a las partes. Verbigracia : cuando se litiga mediante procurador, pues el derecho romano, no contemplaba la representación directa; o bien en caso del paterfamilias por obligaciones de sus hijos. (57).

-3. Según provengan del pretor urbano o peregrino, se dividen en :

a. Civiles, son las que se apoyan en el ius civile.

b. Pretorias, son las que carecen de respaldo en el derecho quiritarario, pero el pretor les da existencia jurídica. (58).

F. Sistema de acciones.

En el procedimiento per fórmulas, la acción se considero bajo dos formas : a. Era la fórmula que concedía el magistrado al actor para que interviniera el iudex para dictar sentencia, y b. es "el derecho de perseguir en juicio lo que es debido" , según Celso. (59).

El derecho romano no contemplo a la acción genérica, sino específica, no hay una sola acción sino un sistema de acciones, que representan la variedad de derechos subjetivos. (60).

Las acciones en la época clásica, se pueden clasificar, del siguiente modo :

-1. Según la clase de derecho que se ejerza :

- Real, es aquella que sirve para proteger un derecho real.
- Personal, es aquella que versa sobre un derecho de crédito.
- Mixta, es la que combina las cualidades de las anteriores. (61).

-2. Atendiendo al principio de congruencia procesal :

- Bona fide, es aquella en la que el juez puede condenar según la equidad o justicia.
- Estricto derecho, es aquella en la que el juez se debe apegar exactamente a lo dispuesto en la fórmula para dictar sentencia.
- Arbitraria, es aquella en la que se conmina al reo a restituir o al cumplimiento voluntario de

La prestación contenida en la intentio. (62).

56. Ninna Ponssa de la Vega de Miguens. Ob. cit; p. 146.

57. Arangio Ruiz, Vincenzo. "Instituciones..." Ob. cit; p. 145.

58. Söhm Rodolfo. Ob. cit; p. 382.

59. Pallares Eduardo. Ob. cit; p. 16.

60. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit; p. 179.

61. Pietro Alfredo di y Angel E. Lapieza. Ob. cit; p. 183-184.

62. Alamiro de Avila Martel. Ob. cit; p. 218-220.

-3. Según el interés en juego :

- Privada, es aquella en beneficio de un ente singular.
- Popular, es aquella en bien del interés público. (63).

-4. Según la causa de nacimiento de la acción :

- Ex contractu, la que proviene de un acuerdo de voluntades.
- Ex delicto, es la que deriva de un delito. (64).

-5. Según el orden jurídico que las respalde :

- Civiles, son las basadas en el ius civile.
- Pretorias, son las derivadas del derecho honorario. (65).

-6. Según lo que se pretenda obtener :

- Reipersecutoria, es aquella en la que se obra para obtener una cosa.
- Penal, es aquella que tiende a pedir una aplicación de x castigo.
- Mixta, es la que conjuga en la petición una cosa y una pena. (66).

-7. Según el monto de lo demandado :

- Simple, es en la que se solicita tan solo el importe de lo que se debe.
- Doble, es aquella en la que se pide dos veces el tanto, en virtud de ciertas circunstancias.
- Triple, es aquella en la que se demanda un costo superior a lo aducido a título de costas.
- Cuádruple, es la proveniente del hurto manifiesto o por violencia verbal. (67).

G. La exceptio.

La exceptio, (excepción) es la facultad del demandado para oponer circunstancias que eliminan la eficacia de la demanda, a pesar de aceptar en ocasiones la base de la misma. (68).

La exceptio nació en el sistema formulario, ya que en las legis acciones, solo se tenían dos opciones : a. Someterse a la demanda y b. Rechazarla lisa y llanamente. (69).

Las excepciones, se pueden clasificar en :

-1. Según los efectos que provocan :

- 63. Margadant, S. Guillermo F. Ob. cit; p. 184.
- 64. Söhm Rodolfo. Ob. cit; p. 387.
- 65. Ors Alvaro de. Ob. cit; p. 122.
- 66. Arangio Ruiz, Vincenzo. "Las Acciones..." Ob. cit; p. 124-125.
- 67. Ninna Ponssa de la Vega de Miguens. Op. cit; p. 148-149.
- 68. Arias Ramos y Arias Bonet. Ob. cit; p. 185.
- 69. Arangio Ruiz Vincenzo. "Instituciones..." Ob. cit; p. 147.

- Dilatorias, son aquellas que paralizan temporalmente a la acción.
  - Perentorias, son aquellas que destruyen la eficacia de la acción. (70).
- 2. Atendiendo a circunstancias imputables al actor :
- Dolis, es la que proviene de fraude contractual.
  - Metus, es aquella en la que se sostiene que el actor intimidó al demandado para lograr el acto jurídico materia de la controversia.
  - Transactionis, es aquella en la que está de por medio una avenencia. (71).
- 3. Según el orden jurídico de las que provengan :
- Civiles, las reguladas por el derecho quirritario.
  - Honorarias, las que son creación del pretor. (72).

#### H. El sistema formulario y sus etapas.

La ordinaria iudicia estaba constituido por dos fases : in iure y apud iudicem. A continuación se explica cada una de ellas :

- a. In iure, es aquella en la que se plantea al magistrado, el motivo de la discordia para que designe un juzgador que resuelva el caso.
- b. Apud iudicem, es aquella en la que interviene un iudex para dirimir el litigio. (73).

Ahora bien en lo referente al procedimiento en particular, inicia con la citación a juicio denominada in ius vocatio, la cual ha de ser realizada por el actor, de forma oral, sin sujeción a palabras determinadas, de lo cual surge la obligación de comparecer, ipso facto, para el citado (vocatus). En caso de resistencia de este, se facultó al demandante para usar la fuerza (previo procedimiento) . por otra parte se podía posponer la citación personal e inmediata, mediante un acuerdo consistente en que el demandado prometa apersonarse ante el magistrado en un momento preciso a esto se le designaba : vadimonium; también se podía ofertar un vindex : fiador que suplía al reo. El actor en cualesquiera de los supuestos debe indicar la acción que va intentar. Ahora bien si el sujeto pasivo no asiste, entonces ha lugar, ejecución. (74).

70. Iglesias Juan. Ob. cit: p. 212.

71. Söhm Rodolfo. Op. cit: p. 395.

72. Bonfante Pedro. Ob. cit: p. 130.

73. Ors Alvaro de. Op. cit: p. 132.

74. Gómez-Iglesias Casal A. "Citación y Comparecencia en el Procedimiento Formulario Romano" Santiago de Compostela. Ed. Universidad de, 1984, p. 17-21 y 122.

Una vez presentes las partes ante el magistrado *-in iure-*, el demandado puede tener cuatro alternativas : 1. Reconocer la pretensión del actor, entonces deviene la ejecución, 2. Oposición a la acción, pero disponible a la fórmula planteada, 3. Antagonismo a la acción y a la fórmula, pero con voluntad de litigar, y 4. Renuencia a celebrar la *litis contestatio*, ante lo cual el magistrado puede apremiar al reo para que acceda. (75).

Tan pronto los litigantes se pongan de acuerdo respecto a los elementos de la fórmula, se llega a la determinación del litigio, *-litis contestatio-*, la cual es una especie de contrato procesal, pues vincula a las partes a la sentencia que se dicte. (76).

La *litis contestatio* causa varios efectos, y son :

- a. Regulador o fijador, consiste en que la fórmula se convierte en inmutable.
- b. Consuntivo, consiste en que extingue a la acción, "*bis de eadem re ne sit actio*" : uno no puede litigar dos veces por el mismo asunto.
- c. Creador, pues origina derechos y obligaciones para las partes, ya que es una especie de contrato. (77).

después de la *litis contestatio* prosigue la fase *apud iudicem* o *in iudicio*, en la cual al estar presentes las partes, ante el juez, se hace la exposición sucinta del pleito *-causae coniectio-*, que no es trascendente toda vez que esa información consta en la fórmula. (78) después siguen las pruebas (probationes), los alegatos (*altercatio*, orationes, *perorationes*) y la sentencia, *-sententia-*. (79).

Respecto a la sentencia, si el juez estima que las pruebas son insuficientes, de tal modo que su conciencia no le permita condenar con tranquilidad, entonces puede recurrir al juramento "*rem sibi non liquere*" : no lo ve claro, mediante el cual queda libre de su oficio. (80). En este caso se tenía que ocurrir al magistrado para que designase otro juzgador.

En el proceso formulario se conoció la contumacia, pero a partir de la segunda fase, ya que la primera, es por acuerdo de las partes, la rebeldía no necesariamente se traduce en pérdida del pleito, ya que el contumaz puede tener la situación jurídica procesal a su favor y por ende obtener el triunfo. (81).

76. Kaser Max. Ob. cit; p. 368-369.

77. Arangio Ruiz Vincenzo. Ob. cit; p. 98-100.

78. Scialoja, Vittorio. "Procedimiento Civil Romano", Buenos Aires, Ed. EJEJA, 1954, p. 242.

79. Arias Ramos y Arias Bonet. Op. cit; p. 193.

80. Ors Alvaro de. Ob. cit; p. 146.

81. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit; p. 167.

I. *Iudicium legitimum* y *iudicium imperium* continens.

En el sistema formulario, los juicios son susceptibles de clasificarse en dos :

-1. *Iudicium legitimum*, es aquel que reúne las siguientes características :

- a. Que los litigantes sean romanos (ciudadanos).
- b. Que se celebren en Roma o en un radio de una milla de dicha ciudad.
- c. Que se ventilen por un solo *iudex*. G.4.104.

-2. Los *iudicia imperio continencia*, son los que carecen de alguno de los anteriores requisitos y solo surten efecto, en tanto el juzgador conserva el *imperium*. G.4.105.

J. Las vías ejecutivas en el sistema formulario.

Se entiende por vía ejecutiva, el medio para proteger y obtener las situaciones jurídicas provenientes de sentencia u otra institución, respecto al incumplimiento del obligado. (82).

Los medios de ejecución del proceso formulario son los siguientes :

- 1). *Actio iudicati*, consiste en que el deudor es requerido por el pretor para pagar, a petición del acreedor, de no hacerlo, entonces lo declara *addictus* y lo entrega a éste, quien podía colocarlo en prisión, para que saldara con servidumbre personal, el importe de la condena. (83).
- 2). *Stipulationes pretoriae*, es una promesa en virtud de la cual, se vela por la observancia de una obligación, mediante amenaza de embargo. (84).
- 3). *In integrum restitutio*, es una determinación del pretor mediante la cual, anula un acto jurídico perjudicial, por ende la situación se retrotrae al pasado. (85).
- 4). *Interdicta*, (interdictos), es una orden del magistrado a instancia de parte -ciudadano-, cuyo efecto es provocar una conducta positiva o negativa, según el caso a determinado sujeto. (86).
- 5). *Bonorum possessio*, - posesión de bienes -, consiste en que el magistrado otorga una posesión provisional de la masa hereditaria al heredero más probable. (87).
- 6). *Pignus causa iudicati captum*, consiste en que con el permiso del magistrado el acreedor, puede tomar en prenda bienes muebles, y si son insuficientes, entonces los inmuebles, para que una vez transcurrido dos meses, sin haber obtenido el pago se proceda a la venta de los

82. Arangio Ruiz, Vincenzo. Ob. cit. p. 105.

83. Odcrigo Mario. Ob. cit; p. 149.

84. Ors Alvaro de. Ob. cit; p. 128.

85. Ninna Ponssa de la Vega de Miguens. Ob. cit; p. 205.

86. Pietro Alfredo di y Angel E. Lapieza. Ob. cit; p. 187.

87. Alamiro de Avila Martel. Op. cit; p. 223.

bienes respectivos, y cobrarse con el importe resultante, en caso de demasía, se debe devolver al deudor. (88).

7). *Missiones in possessionem*, - envíos en posesión -, consiste que el magistrado pone en posesión una cosa determinada (*missio in rem*), o un patrimonio (*missio in bona*), perteneciente a otra persona. (89). Lo cual tenía por finalidad, el que después se procediera a la venta para satisfacer al acreedor, en el primer supuesto es individual (*distractio bonorum*), en el segundo es en bloque o sea que abarca todo el patrimonio (*bonorum venditio*). (90).

8). *Cessio*, consiste en que el deudor para evitar la pena de infamia que originaba la *bonorum venditio*, ofrecía sus pertenencias al o los acreedores, así también cludía la ejecución personal, en su caso. (91).

#### K. Decadencia del sistema formulario.

El sistema formulario fue decayendo, dado a sus peculiares defectos, y que son, por citar algunos, los siguientes :

a. Los peregrinos eran reacios en cuanto al acuerdo de las partes sobre el nombramiento de *iudex*, conforme a una lista predeterminada, por ello el juez privado de la ordinaria *iudicia* fue el primero en perderse.

b. Una constitución de Constancio y Constante, describió a las fórmulas como "*iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*": redes insidiosas en las que se enmarañaba la buena fe de las partes. Esta constitución abolió a las fórmulas.

c. Los modelos también eran óbice al desempeño procesal, en especial las formas de citar, por ejemplo la *in ius vocatio* y el *vadimonium*, por lo que en el nuevo proceso, desaparecieron para dar pábulo al aparato estatal. (92).

d. La sentencia en el proceso formulario era casi siempre pecuniaria, lo que dio lugar a *injus-ticias*, pues en ocasiones era mas conveniente el objeto del litigio. - *ipsam rem* -. (93).

88. Petit Eugene. Ob. cit: p. 647.

89. Alamiro de Avila Martel. Op. cit: p. 223.

90. Cucnca Humberto. Ob. cit: p. 110.

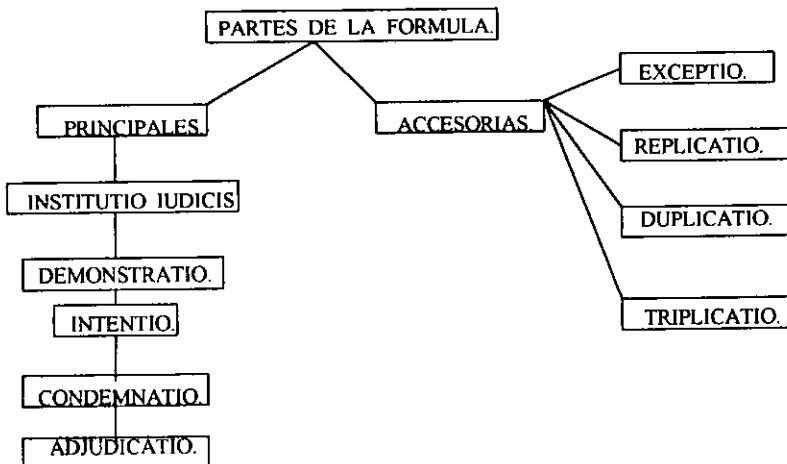
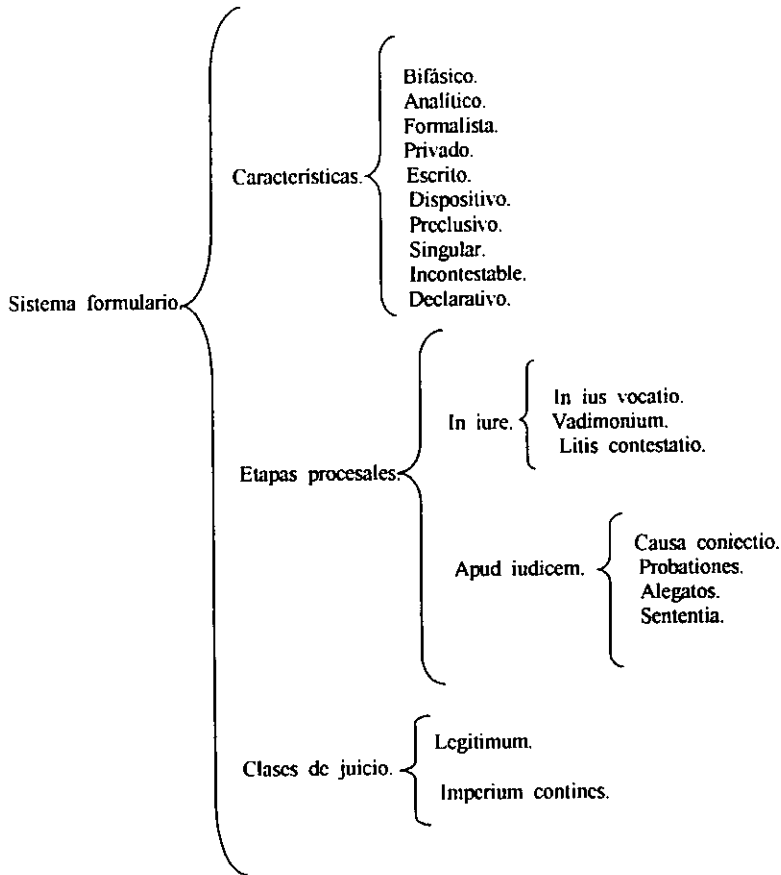
91. Arias Ramos y Arias Bonel. Op. cit: p. 199.

92. Arangio Ruiz Vincenzo. "Instituciones...". Op. cit: p.167-168.

93. Biscardi Arnaldo. Ob. cit: p. 32.



Cuadro sinóptico del proceso formulario.



#### 4. El procedimiento extraordinario.

##### A. Concepto.

El proceso de cognición oficial o procedimiento extraordinario (*cognitio extraordinem*), es el caracterizado por su carácter público y de unidad procesal. (94).

Este procedimiento se denomina *extra ordinem*, porque en plena época clásica, se utilizó de modo poco usual, además de que, se aparta de la nota esencial del *ordo iudiciorum privatorum* consistente en dividir el litigio en dos fases. (95).

Los antecedentes históricos del proceso extraordinario, se remontan a los tiempos republicanos, en los cuales se empleó para cuestiones administrativas, ya que los gobernantes no admitían en esta materia la igualdad procesal entre las partes, máxime que una era el Estado y la otra un particular, por ello el mismo magistrado ante el que se hubiera realizado el acto de esta índole, es el que debería ventilar las pugnas relativas al negocio, por sí mismo. Por otra parte el procedimiento extraordinario era regularmente aplicado en las provincias del imperio. (96).

##### B. Vigencia.

- En el tiempo, fue aplicable desde la época republicana (97), se consolidó como único con Diocleciano, en el año 294 d. C., para luego sucumbir con la caída del imperio. (98).
- En el espacio, en sus inicios fue en las provincias gobernadas por procuradores del emperador donde tuvo su aplicación, a la postre se extendió a toda Roma. (99).

##### C. Características generales.

- a. Es un proceso público, ya que los jueces son pertenecientes al Estado. (100).
- b. Es un procedimiento inquisitivo, ya que el juzgador puede actuar ampliamente y sin instancia de parte. (101).
- c. Es un pleito escrito, ya que prepondera los documentos, de lo cual resultó un desarrollo procesal formalista, vinculado estrictamente a las constancias existentes - *expediente* -. (102).

94. Alamiro de Avila Martel. Ob. cit; p. 225.

95. Arias Ramos y Arias Bonet. Op. cit; p. 205.

96. Pietro Alfredo di y Angel E. Lapienza. Ob. cit; p. 189-190.

97. Biscardi, Arnaldo. Ob. cit; p. 31.

98. Pallares Eduardo. Op. cit; p. 9.

99. Söhm Rodolfo. Ob. cit; p. 411-412.

100. Kaser Max. Op cit; p. 384.

101. Cuenca Humberto. Ob. cit; p. 123.

102. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit; p. 175.

- d. Es un asunto susceptible de impugnarse mediante apelación. (103).
  - e. Es un proceso declarativo, ya que su desideratum es resolver controversias. (104).
  - f. Es un procedimiento unitario, ya que elimina toda división. (105).
  - g. Es una controversia onerosa, pues las actuaciones judiciales tienen precio. (106).
- D. El desarrollo procesal de la *cognitio extraordinem*.

El procedimiento extraordinario, se inicia con la presentación de la demanda o libelo - *libellus* - ante el magistrado. Al principio se le denomina a este recurso como *denuntiatio* (107), a la postre se le dice *conventionis*. (108). Ahora bien el funcionario, le daba entrada a la promoción, sin checar el fondo del asunto, mediante una *interlocutio*, previo análisis de los presupuestos procesales (órgano judicial, nombres de las partes, objeto litigioso, competencia, etcétera), pues de no reunir los requisitos, entonces desechaba el memorial. (109). Una vez admitido, se procede a notificar el libelo al reo, mediante la intervención de funcionarios estatales, cabe aclarar que las formas de citar, fueron diversas, según la época de que se trate, a modo de ejemplo destacan las siguientes : la *evocatio*, la *litis denuntiatio* y el emplazamiento por libelos. (110).

A continuación el demandado ha de rendir su contestación a la demanda - *libellus contradictionis* - (111).

acto seguido ambas partes deben garantizar su comparecencia ante el juez, con fiadores de alta alcurnia, - *cautio iudicati sisti* -, si el sujeto pasivo se niega al aseguramiento, entonces, el *executor*, lo encarcelara hasta el fin del proceso. (112).

posteriormente se notifica al actor del *libellus contradictionis*, para que en el día de la audiencia se desarrollen la *narratio*, la *contradictio*, las pruebas, alegatos y sentencia. (113). En seguida se explican cada uno de éstos actos procesales :

- *Narratio*, es una exposición realizada por el actor o por su abogado, respecto a su pretensión.
- *Contradictio*, es una manifestación del demandado para rechazar la pretensión del actor.

A estos fenómenos procesales, se les engloba bajo el nominativo de *litis contestatio*, ya que los

- 103. Ors Alvaro de. Ob. cit; p. 170.
- 104. Ninna Ponssa de la Vega de Miguens. Op. cit; p. 209.
- 105. Iglesias Juan. Op. cit; p. 230.
- 106. Oderigo Mario. Ob. cit; p. 151.
- 107. Pietro Alfredo di y Angel E. Lapieza. Ob. cit; p. 190.
- 108. Alamiro de Avila Martel. Op. cit; p. 226.
- 109. Cuenca, Humberto. Ob. cit; p. 140.
- 110. *Ibidem*, p. 137-139.
- 111. Iglesias Juan. Op. cit; p. 231.
- 112. Kaser Max. Ob. cit; p. 388.
- 113. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit; p. 178.

romanos no quisieron abandonar la terminología antigua, empero esta institución, solo se utiliza casi de mero adorno, ya que sus antiguos efectos desaparecieron en la *cognitio extraordinem* y tan solo es útil para lo siguiente :

- a. Señala el momento en el cual, comienza la caducidad de la instancia ( tres años ).
- b. Establece las pretensiones de las partes, las cuales pueden ser cambiadas a posteriori.
- c. Es el término en el cual el magistrado, ha de instruirse de la contienda. (114).

Una vez celebrada la *litis contestatio*, las partes han de rendir un *iusiurandum* de calumnia, el cual significa, que los sujetos procesales subalternos, se conducen a sabiendas de sus propias responsabilidades legales, con supuesta ausencia de mala fe. El vocablo calumnia en la jerga procesal equivale a la expresión francesa *chicane* (*chicana*), que es un acto contrario a la dignidad y ética profesional de la abogacía. (115).

- Las pruebas, en este período, las partes han de realizar los actos pertinentes para lograr la convicción del juez, acerca de sus posturas procesales. (116).

- Alegatos, son las actuaciones en las que se analiza el resultado de la labor investigatoria, aludiendo a favor de quien los realiza -partes-. (117).

- Sentencia, es una resolución en virtud de la cual el juez decide la cuestión planteada, y se le agrega el adjetivo "definitiva", para aludir que pone fin al juicio. (118).

Asimismo al funcionario jurisdiccional, le esta prohibido el abstenerse de dictar sentencia definitiva, por lo tanto los jueces de más alta jerarquía, en caso de incertidumbre, pueden solicitar asesoría -*consultatio ante sententiam*-, ante el emperador, para lo cual, han de remitir la instrumental de actuaciones, anexo con las opiniones de todos los sujetos procesales. En casos excepcionales el emperador conoce directamente del asunto. (119).

E. La contumacia en la cognición oficial.

La contumacia o rebeldía es desacatar la autoridad del juez, ya por desobedecer la orden de comparecencia, o cualesquiera otra resolución. A continuación se explica este concepto :

En el sistema extraordinario, la rebeldía, es una falta de respeto a la majestad imperial, de

114. Arangio Ruiz, Vincenzo. "Las Acciones..." Ob. cit; p. 143-144.

115. Ninna Ponssa de la Vega de Miguens. Op. cit; p. 211.

116. Rocco Ugo. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires, Ed. Temis, vol. I, 1983. p. 229.

117. Pietro, Alfredo di y Angel E. Lopicza. Op. cit; p. 191.

118. Kaser Max. Op. cit; p. 389-390.

119. Alamiro de Avila Martel. Ob. cit; p. 229.

modo que acarrea sanción, en virtud del agravio, mas que satisfacer la igualdad y economía procesal de las partes. Esta institución no solo abarca la no comparecencia en juicio, sino también toda conducta de los sujetos procesales subalternos, que no le den curso a determinada resolución. (120).

Los efectos de la rebeldía son los siguientes :

a. Para el actor.

- Si no acude a la audiencia señalada por el juez, entonces su acción ya no prosigue, dando pábulo a una sanción consistente en indemnizar al adversario. (121).

- Si la abstención de comparecer sucede una vez realizada la litis contestatio, entonces se le cita por edictos, y de cualquier forma, se continua el juicio, resolviendo, según las constancias, pudiendo ganar el rebelde, si tiene una buena posición jurídica. (122).

b. Para el demandado :

- Si el reo no ocurre a la celebración de la litis contestatio, fijada de antemano, entonces se le condena, empero puede impugnar la resolución con un recurso especial. (123).

- En caso de que la litis contestatio, ya se hubiera realizado, y posteriormente el sujeto pasivo no se apersonare ante el tribunal, entonces, se le cita tres veces, con intervalo de treinta días; una vez que transcurra un año de contumacia, seguirá, el juicio su curso, resolviendo el mismo, con la instrumental de actuaciones, pudiendo el contumaz obtener la victoria, si le asiste la razón. (124).

F. Las vías ejecutivas en la cognitio extraordinem.

En el sistema de cognición oficial, en caso de incumplimiento de la sentencia, se contaba con los siguientes medios :

a. Ejecución personal, consistente en que el condenado, se le encarcelara en prisión pública, pues la particular fue proscrita, en contra de la inveterada costumbre. (125).

b. Ejecución patrimonial, en las que existieron tres variantes :

-Distractio bonorum, consiste en que se vende por separado cada cosa del deudor, que sean

120. Cuenca Humberto. Ob. cit; p. 166.

121. Ninna Ponssa de la Vega de Miguens. Op. cit; p. 211.

122. Cuenca Humberto. Ob. cit; p. 168.

123. Ninna Ponssa de la Vega de Miguens Op. cit; p. 211.

124. Alamiro de Avila Martel. Ob. cit; p. 226.

125. Bonfante Pedro. Ob. cit; p. 135.

suficientes para cubrir la deuda, es para los casos concursales. (126).

-Manu militari, consiste en el uso de la fuerza pública para lograr el contenido particular de la condena, - objeto del litigio -. (127).

- Pignus in iudicati causa captum, consiste en el embargo de bienes en específico para satisfacer al acreedor, con el resultado de la venta. (128).

G. Influencia del sistema extraordinario.

Es tan grande el valimiento de la cognitio oficial, en el proceso moderno, que sus principales instituciones han sido fuente de las figuras procesales modernas, como la citación, la contestación de la demanda, el derecho probatorio, la sentencia como acto del poder público, etcétera. (129).

En lo que se refiere a la repercusión del procedimiento extraordinario, en el ordenamiento vigente en México, Distrito Federal, se tiene como punto de partida en sus antecedentes, al Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1884, el cual a su vez proviene de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 - española -, la que deriva de las Siete Partidas, dentro de ellas esta la Tercera, en donde se puede apreciar al procedimiento extraordinario en combinación con algunos factores alemanes. (130).

5. Procedimientos especiales.

Los procedimientos especiales, son aquellos en que los términos y otras figuras procesales sufren alteraciones, en atención a las circunstancias de cada asunto en particular. (131).

Sirva de paradigma los asuntos de cuantía menor, y los de alimentos, pues estos negocios necesitan celeridad en su resolución bajo pena de ser inútiles al ser dilatados. (132).

En la época post clásica, existieron los siguientes procesos especiales :

- El procedimiento por rescriptos, consiste en que el emperador emitía su parecer, con fuerza legal, sobre una controversia, a petición de parte interesada, para que el juez ordinario lo aplique, solo si resulta veraz el planteamiento manifestado a aquel . (133).
- Summatim cognoscere -proceso sumario -, es el aplicable para alimentos, manumisiones tes—

126. Kaser Max. Ob. cit. p. 390-391.

127. Arias Ramos y Arias Bonet. Ob. cit. p. 212.

128. Iglesias Juan. Op. cit. p. 232.

129. Cuenca Humberto. Ob. cit. p. 122 .

130. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit. p. 178.

131. Arias Ramos y Arias Bonet. Op. cit. p. 213.

132. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit. p. 187.

133. Kaser Max. Op. cit. p. 391.

tamentarias, posesión de herencia por impuber, interdictos, etcétera. (134).

- Episcopalis audientia, -jurisdicción episcopal -, es aquella en la que el juzgador es el obispo (arbitro), se implanto dado el prestigio moral de estas personas. Constantino dio muchas facilidades para que interviniera la audiencia episcopal, incluso para que dejaran de conocer los tribunales oficiales, remitiendo a aquella el asunto si así fuere la voluntad de algún litigante, empero a la postre se limitó dicha jurisdicción a ciertos casos. (135).

Esta jurisdicción se basa en las enseñanzas del divino maestro Jesús, ya que estableció que entre cristianos, se resolvieran las controversias, entre ellos mismos. Mt.18,15. Y 1Cor. 6,1-8. (136).

134. Iglesias Juan. Op. cit; p. 233.

135. Ors Alvaro de. Ob. cit; p. 172.

136. "La Biblia." España, Ed. Paulinas y Verbo Divino, 6ª, edición, 1990, p. 51-52 y 381-382.

Cuadro sinóptico de la cognitio extraordinem.

Proceso  
extraordinario.

Características.	Unitario. Público. Inquisitivo. Escrito. Apelable. Declarativo. Oncroso.
Actos procesales.	- Libellus.   Denuntiationis. Conventionis.
	- Interlocution.   Admisión. Rechazo.
	- Notificación al reus.   Evocatio. Litis denuntiatio. Por libellus.
	- Libellus contradictionis. - Cautio iudicio sisti. - Notificación al actor del libellus contradictionis.
- Audiencia.	Litis contestatio.   Narratio. Contradictio.  Iusiurandum calumnia. Pruebas. Alegatos. Sentencia.



Cuadro sinóptico general.

Sistemas  
procesales  
romanos.

A. Ordo iudiciorum privatorum. ( bifásico ).

Legis actiones.  
Sistema formulario.

B. Cognitio extraordinem. ( unitario ).

C. Procedimientos especiales. ( post clásico ).

Sumarios.  
Rescriptos.  
Episcopalis audientia.

## II. LA PRUEBA EN EL DERECHO ROMANO.

### I. Concepto.

El significado etimológico de la palabra prueba, se encuentra en el término "probandum, que significa recomendar, probar, experimentar, patentizar, hacer fe, según expresan varias leyes del derecho romano". (1).

El vocablo prueba en el derecho romano se puede considerar desde varios enfoques :

A. Como resultado, la prueba - probatio -, es la "demostración de la existencia de un hecho o negocio jurídico mediante la utilización de los medios probatorios admitidos por el derecho" (2)

En el Codex se alude a la prueba como demostración, -C.IV.19.7-, lo cual significa exponer elementos que hagan creíble la realidad acerca de una cuestión controvertida, para lograrlo la experiencia enseña que existen dos formas : 1. El conocimiento que obtenga el juez per se, y 2.

El saber que se obtenga a través de alguna cosa o persona digna de confianza. (3).

B. Según la finalidad es un medio para "formar la convicción del juez". (4). Esto indica que el procedimiento trata de lograr que el juez, al través de los instrumentos aportados por las partes,

tenga por ciertos determinados hechos respecto a una controversia, según influyan en su ánimo (5). Toda prueba tiende al convencimiento del juzgador, por parte del litigante que la hace

valer, puesto que la misma se dirige a él. (6) Desde luego esa actividad es básicamente para que el órgano jurisdiccional logre tener certidumbre en el material fáctico sobre la contienda,

para que a la postre emita su calificación jurídica, es decir dicte sentencia ya condenando, o en su caso absolviendo. Ahora bien el juzgador para que tenga certeza acerca de los acontecimientos,

ha de utilizar su raciocinio, para que previa apreciación de las pruebas, logre establecer la historia del conflicto en particular, a este respecto existen tres parámetros para que el dictamen de

la razón este de acuerdo a la verdad, y son los que siguen : 1. Que se dictamine con pericia. 2.

Que se tengan datos suficientes para formar un resultado justo, y 3. Que se proceda con imparcialidad. (7).

1. Pina Rafael de. "Tratado de las Pruebas Civiles". México, Ed. Porrúa S.A., 2ª, edición, 1975, p. 27.
2. Gutiérrez Alviz Faustino y Armario. "Diccionario de Derecho Romano". Madrid, Ed. Reus, 3ª, edición, 1982, p. 560.
3. Dosi Ettore. "La Prueba Testimonial". Bogotá, Ed. Temis, 1986, p. 94.
4. Rocco Ugo. "Tratado de Derecho Procesal civil". Buenos Aires, Ed. Temis y Depalma, vol. 1, 1983, p. 132.
5. Eisner Isidoro. "La Prueba en el Proceso Civil". Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2ª, edición, 1992, p. 39.
6. Chiovenda José. "Principios de Derecho Procesal Civil". Madrid, Ed. Reus, t. I, 1977, p. 10
7. E.V.C. Sociedad. "La Razón y la Fe". México, Folleto número 21, p. 3-6.

Pues bien aplicando estos lineamientos es muy probable un dictamen certero, ya que la mente humana es falible. Por lo referente a la aplicación de estos presupuestos al proceso romano, se tiene lo siguiente : 1. Se requiere un perito en derecho, para fungir como órgano decisivo: a este respecto los romanos en la época clásica utilizaban un iudex particular, el que no contaba con conocimientos suficientes, empero era asesorado por peritos, denominados jurisconsultos, siendo requisito el atenerse a la opinión del ius publice respondendi : parecer de letrados en jurisprudencia. De otra forma el iudex no hubiese podido resolver el caso conforme a derecho, sino de acuerdo a su conciencia, lo que le estaba prohibido, ya que prestaba juramento de dictar sentencia conforme a la verdad y al derecho. (8). 2. El juez ha de contar con datos suficientes para resolver honradamente el asunto, por ejemplo : necesita testigos, documentos, servicios periciales, etcétera. De no contar con algún elemento informativo, entonces puede surgir la duda, obstaculizando el buen desempeño del juzgador pues tendrá la mente obnubilada.

He aquí la importancia de la prueba, en este momento interviene de modo transcendental, pues aún teniendo un criterio imparcial, de no contar con veracidad fáctica, la tarea de administrar justicia se vuelve indigna. Todo el procedimiento probatorio tiene el desideratum siguiente : aportar los pormenores idóneos cualitativa y cuantitativamente, para decidir el asunto; ya que sin ellos es imposible una sentencia justa, equitativa, salvo una casualidad. Todo ésto es justificante de la carga de la prueba, pues el interesado en obtener un fallo favorable, ha de aportar los ingredientes acrediticios correlativos; en la época clásica para ayudar al juez en el supuesto de no contar con la certeza debida, se le daba oportunidad, si así lo cree en conciencia, de prestar juramento "rem sibi non liquere" : no lo veo claro, para quedar libre de su oficio. (9). 3. Proceder con imparcialidad, ya que si se cuenta con una opinión preconcebida, entonces todo el proceso se puede torcer para sacar adelante el parecer personal, en lo que concierne a este punto el juez romano prestaba como ya se dijo juramento de apegarse a la verdad y al derecho.

C. Como un instrumento "para averiguar la verdad" (10), desde este punto de vista las pruebas -probationibus- son medios de búsqueda, "conviene que los jueces examinen en primer lugar con plena investigación la naturaleza de la cosa, y que interroguen después muchas veces a

ambas partes, por si algo nuevo descaran añadir... ora haya de resolverse la causa por el juez..."

8. Ors Alvaro de. "Derecho Privado Romano". Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 8ª edición, 1991, p. 146.

9. Pietro Alfredo di y Angel E. Lapicza. "Manual de Derecho Romano". Buenos Aires, Ed. Depalma, 4ª edición, 1992, p. 178.

10. Cuenca Humberto. "El Proceso Civil Romano". Buenos Aires, Ed. EJE, 1957, p. 146.

C.III.1.9. Se trata de que el juzgador realizará una reconstrucción del pasado acerca de la realidad fáctica para lograr como resultado cierta certidumbre, sobre el debate existente, pues desde que se presenta la contradicción del dicho de las partes, se muestra la falsedad de los asertos de alguna de estas personas, y como saber la realidad, pues tan solo con los medios probatorios, puesto que la sola declaración de las partes, carece de valor alguno, en tanto no haya sido acreditada con algún elemento. -C.IV.20.4.- A pesar de que en el procedimiento extraordinario, se fijara la meta de alcanzar la verdad, como presupuesto de la sentencia, este empeño es muy loable pero inaccesible para los alcances procedimentales, ya que el juzgador ha de ventilar el asunto según las constancias procesales "lo que no esta en el expediente no está en el mundo" de lo cual deriva una verdad formal, y tal vez en ocasiones coincida con la verdad material. (11) "El suum cuique tribuere es sólo un desideratum fijado por el juzgador, porque, en la realidad, qué es lo suyo de cada uno sólo Dios lo sabe, porque conoce el hecho (H) y el Derecho (D) como nadie" (12). Cabe agregar que "la prueba es el precio por el cual en un proceso puede cada uno obtener la eficacia de sus derechos". En el período clásico el derecho romano es deficiente en el estudio de las pruebas jurídicas, pues la legislación y la jurisprudencia no se ocuparon de ello, sólo con el transcurso del tiempo, los jurisconsultos se encargaron de explorar esta rama del derecho. (13).

Por otra parte "los romanos no distinguieron de modo sistemático el Derecho privado y el procesal, y no poseyeron denominación alguna para designar a este último". (14). Por ende no tuvieron los problemas derivados de la naturaleza jurídica de la norma que debe regir a la cuestión probatoria, como es el caso de algunas legislaciones modernas, que consideran esta materia como perteneciente al campo sustantivo, por lo cual regulan este tópico, en las reglas concernientes a las obligaciones, siendo que no nada mas estas requieren demostración sino también otras instituciones jurídicas. (15). Por último la prueba es una necesidad procesal, pues el juzgador normalmente ignora los hechos de la controversia, y éstas le ilustran al respecto. (16).

11. Falcón M. Enrique. "Cómo se Ofrece y Produce la Prueba". Buenos Aires, Ed. Abeledo y Perrot, 1993, p. 20.

12. Bonet y Navarro Angel. "La Prueba de Confesión en Juicio". Barcelona, Ed. Bosch, 1979, p. 19.

13. Margadant S. Guillermo F. "El Derecho Privado Romano". México, Ed. Esfinge, 18ª edición, 1992, p. 168.

14. Kaser Max. "Derecho Romano Privado". Madrid, Ed. Reus S.A., 2ª, edición, 1982, p. 352.

15. Mateos Alarcón Manuel. "Estudios sobre las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal". México, Ed. Cardenas, 1971, p. 1.

16. Moreno Cora S. "Tratado de Pruebas Judiciales en Materia Civil y en Materia Penal". México, Ed. Carrillo Hnos, 1983, p. 27.

2. Los medios de prueba en el *ordo iudiciorum privatorum*.

“Medio de prueba se considera todo lo que puede servir de fundamento para la decisión judicial”. (17). En otros términos son “todas las circunstancias personales y reales, fácticas y jurídicas, en las cuales el juez podía apoyar su decisión”. (18).

Para regular la relación procesal es necesario fijar los hechos, incluso algunas particularidades, a esto se encaminan las probanzas para luego aplicar el deber ser al substrato fáctico. (19).

Ahora bien los medios probatorios fueron clasificados según los “oradores” en directos : “inartificiales probationes” y las presunciones : “praesumptiones o artificiales probationes”, mientras que los juristas sólo enuncian las probationes y praesumptiones : pruebas y presunciones. (20).

En la época clásica se conocieron varios tipos de prueba, tales como las siguientes :

- a). La confesión.
- b). La interrogatio : interrogación.
- c). El juramento.
- d). La documental.
- e). La testimonial.
- f). La experticia.
- g). Las presunciones.
- h). La fama pública.
- i). El reconocimiento o inspección judicial, y
- j). Los indicios.

El derecho romano daba pábulo a cualquier otro elemento diverso a los enunciados con tal que proporcionara información. (21). A continuación se explica el contenido de cada uno de ellos :

A. Confesión (*confessio*) consiste en que alguna de las partes acepta hechos propios en su perjuicio, es decir que alguno de los litigantes declara en coincidencia con las afirmaciones del adversario, y a beneficio de éste. (22).

17. Kaser Max. Ob. cit. p. 377.

18. Walter Gerhard. “Libre Apreciación de la Prueba”. Bogotá, Ed. Temis, 1985. p. 13-14.

19. Scialoja Vittorio. “Procedimiento Civil Romano”. Buenos Aires, Ed. EJE, 1954. p. 217.

20. Carames Ferro José M. “Instituciones de Derecho Privado Romano”. Buenos Aires, Ed. Perrot, volumen I, 1963. p. 382.

21. Walter Gerhard. Op. cit. p. 14.

22. Margadant S. Guillermo Floris. Op. cit. p. 169.

La deposición de las partes, para que se traduzca en prueba, es menester que la parte emitente, ya sea actor, ya sea el demandado, reconozca una situación fáctica personal, en la medida que beneficie al oponente, hará prueba de un modo pleno, por eso se le dice que es "la reina de las pruebas"; para el juez, este modo de acreditamiento le motiva seguridad o convicción absoluta en la mayoría de los casos, pues al coincidir las aseveraciones de los colitigantes, ya no se presenta más discordia, ya no hay desacuerdo de voluntades, por lo que al punto de confesión atañe, por lo tanto solo hará falta el analizar si ese reconocimiento es de algún hecho de fondo, decisivo de la contienda, pues de no ser así, se tendrá que recurrir a otras pruebas. También puede suceder que la confesión sea calificada, es decir, se aceptan los hechos en contrario pero sosteniendo alguna razón que desvirtue la eficacia de la misma, en tanto concurren otras demostraciones sobre dicha posición, le restarán valimiento a la confesión antes enunciada.

Por otra parte al presentarse la confesión, recayendo sobre hechos pertinentes a la controversia releva al contrario de aportar más pruebas, pues la confesión es un equivalente a la condena :  
-*confessus in iure pro iudicato habetur*-. (23)

Existen dos clases de confesión, desde el punto de vista del órgano que la conoce, y son las siguientes :

a. *Confessio in iure*, es aquella rendida ante el magistrado, tiene por objeto el reconocimiento total de la pretensión del actor o la admisión integral de lo que el actor quisiera incluir en su acción. Empero en ocasiones el demandado no admitía la intentio, tal como se manifestaba en la etapa *in iure*, pero si reconocía los hechos fundamentales de la demanda, por lo tanto según una *oratio divi marci* la regla *confessus pro iudicato habetur*, se extendía a este caso. (24).

b. *Confessio apud iudicem*, es la aportada ante el juez y esta dirigida a los hechos en que se funda la demanda o contestación -*infitiatio*-, por ende abarca tanto al demandante como al demandado. (25).

Por otra parte los efectos de la confesión son variables, según el supuesto de que se trate :

a). Si el demandado reconoce las pretensiones del actor entonces el litigio concluye, si se trata de la fase *in iure*, debiendo el reo cumplir sus obligaciones. Teniendo el sujeto activo desde este

momento una nueva acción : la de cosa juzgada, a fin de promover ejecución, en caso de

23. Cuenca Humberto. Ob. cit: p. 83-84 y 86.

24. Scialoja Vittorio. Op. cit: p. 219.

25. Carames Ferro José M. Op. cit: p. 382.

mediar incumplimiento.

- b). Si el actor confiesa ser ciertas las objeciones del adversario, entonces el pretor ha de negar la fórmula, con lo cual la acción queda descartada.
- c). Puede el demandado reconocer pretensión del actor pero sin fijar el monto, o la cosa cierta; entonces el demandante tiene una nueva acción : la actio confessoria, a efecto de que el juez haga una estimación de la cosa o cantidad debida. (26).
- d). En la confessio in iudicio o apud iudicem, no se terminaba el pleito sino mediante la sentencia; en la doctrina se discute si este medio se apreciaba libremente o el juez quedaba vinculado a los términos de la confesión de cualesquiera de las partes. (27).

Ahora bien, es pertinente mencionar algunos comentarios sobre la confesión :

- a. Es un medio de asegurarse el triunfo de modo casi absoluto, empero es muy difícil obtener, esta probanza. Ya que un litigante de buena fe al estar convencido de su derecho no va a reconocer el supuesto del adversario, de buenas a primeras, por lo que atañe al malicioso, opta por mentir en vez de exponer lo justo.
- b. Por eficaz que se considere a la confesión, es una prueba, que en algunas ocasiones se contrapone a la verdad. (28).

#### B. La interrogación.

La interrogatio (interrogación), consiste en que cualquiera de las partes, el magistrado o en su caso el juez pueden formular preguntas al litigante que deba absolver para excitar a la confesión. El efecto de este medio es la declaración de parte, que puede llegar a configurar una verdadera confesión. (29).

La interrogación se divide en dos clases :

- a). Interrogaciones in iure, son preguntas que hace el actor al reo, antes de plantear sus preten---siones para esclarecer situaciones fundamentales para la prosecución del juicio (presupuestos pro--cesales). La respuesta liga al absolvente, como si fuera verdad en cualesquiera forma ya siendo falso o cierto. Ejemplo : se cuestiona si es heredero de x deudor y en que proporción. (30).

26. Cuenca Humberto. Ob. cit; p. 83-84.

27. Nevio Scapini, "La Confessione nel Diritto Romano." Torino, Ed. Giappichelli, vol I, 1973, p. 143-156.

28. Pina Rafael de. Ob. cit; p. 139-144.

29. Lessona Carlos. "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil". Madrid, Ed. Reus, tomo 1, 1957, p. 485-486.

30. Alamiro de Avila Martel. "Derecho Romano". Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2ª, edición, 1994, p. 201.

b). Interrogatio in iudicio, es la instrumentada ante el juez por alguno de los litigantes, frente al adversario, a efecto de provocar su confesión. (31).

El procedimiento del interrogatorio se rige por lo siguiente :

- Las preguntas han de ser contestadas ipso facto, salvo cosas abstrusas, las cuales se pueden contestar en un plazo razonable.
- La resistencia del interrogado para contestar o hacerlo de forma debida, le puede originar : multa o en algunos casos se tienen por ciertas las afirmaciones del actor.
- Las aseveraciones falsas y las consecuencias jurídicas se anotan en la fórmula mediante una praescriptio o bien con una excepción, esto con la finalidad de adoctrinar al juez en su quehacer procedimental.
- Los interrogatorios in iure constituyen un incidente procesal. (32).

Las características distintivas entre la confesión y la interrogación son las siguientes :

- a). La confesión es voluntaria, en tanto el interrogatorio es provocado por el magistrado, o por el opositor.
- b). La confesión se refiere a cuestiones de fondo para originar los efectos de la cosa juzgada, en tanto el interrogatorio se refiere por lo general a cuestiones accesorias, que ayudan a distinguir y redactar la fórmula.
- c). El interrogatorio acarrea sanciones para el caso de silencio o mentiras en la deposición, en tanto no sucede así en la confesión por ser espontánea. (33).
- d). La confesión in iure da origen a la actio rei iudicata, en tanto el interrogatorio in iure, constituye acciones interrogatorias. (34).

Cabe mencionar que en las postrimerías de la época clásica, ya se había perdido la interrogatio in iure, subsistiendo tan sólo la apud iudicem, incluso paso al procedimiento extraordinario. (35).

31. Lessona Carlos. Op. cit; p. 485-486.

32. Cuenca Humberto. Ob. cit; p. 83.

33. Ibidem, p. 83-84.

34. Scialoja Vittorio. Op. cit; p. 218.

35. Lessona Carlos. Op. cit; p. 485-486.



### C. El juramento.

El juramento (*iusiurandum*), consiste en que el deponente pone por testigo de lo que se dice a Dios, o alguna persona o cosa consagrada. (36).

En la vida judicial de los romanos, el terno tuvo gran transcendencia, ya que se utilizaba en muchas ocasiones, esta institución era útil para respaldar el dicho de un testigo, o incluso la declaración de alguna de las partes. (37).

La influencia de esta prueba, era tal que a ella se recurría, cuando faltaban, elementos de convicción, "conviene que en los contratos de buena fe, así como también en los demás negocios, se decida la cuestión, a falta de pruebas, mediante juramento deferido por el juez con conocimiento de causa". C.IV, I, 3.

El juramento se puede clasificar desde los siguientes puntos de vista :

a). En la ordinaria iudicia, dada su dicotomía, figuraban : 1. *Iusiurandum in iure delatum*, y 2. *Iusiurandum in iudicio*. A continuación se explican :

- *Iusiurandum in iure delatum*, es aquel que se presenta ante el magistrado, a su vez se subdivide en : *voluntarium* y *necessarium*. El primero, es aquel que "se podía deferir convencionalmente en toda acción de una parte a otra. La parte a quien se presentaba el juramento podía jurar; pero también podía rehusarse y no referir el juramento, sin que por esto perdiera el pleito". (38). El otro, es aquel que ha de prestar el demandado a petición del actor al magistrado, sin poder eludirlo, ya que es imprescindible; es de naturaleza excepcional, puesto que solo procede en determinadas acciones, siendo paradigmas de ellas las siguientes : la *condictio certa pecunia*, la *condictio res determinata*, la *actio rerum amotarum*, la *actio noxalis*, y la *actio legis Corneliae de iniuriis*. Esta figura inexcusable ocasionaba efectos tales como : el demandado o juraba, o defería el juramento, pues sino malograba el pleito. El juez tan solo tiene la facultad de saber si en realidad hubo juramento -*si iuratum sit*-; según su convicción debía sentenciar. (39).

- *Iusiurandum in iudicio, in iudicium (iudicialis)*, es aquel que se da ante el juez, a diferencia del necesario, no disminuye la facultad del juez en su libre apreciación, pues no importa la actitud

36. Bonet y Navarro Angel. Ob. cit; p. 248.

37. Adip Amado. "Prueba de Testigos y Falso Testimonio". Buenos Aires, Ed. Depalma, 1995, p. 173-174.

38. Lessona Carlos. "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil". Madrid, Ed. Rcus, tomo II, 1960, p. 36-38.

39. Ibidem.

de las partes : que una a otra se pueden diferir el juramento, aplazarlo o negarlo; pues en cualquier caso el juez conserva libre su convicción, aun en el caso de que él haya solicitado la prueba. (40).

b). Según la circunstancia en la que se vierte el terno, se clasifica en judicial y extrajudicial, a continuación se explica cada uno de ellos :

- Judicial, es aquel que se verifica en juicio, a su vez se subdivide en :

-1. Decisorio o decisivo, es aquel que equivale a sentencia, por tanto produce el efecto de la cosa juzgada. "Iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet non immerito, quum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei iusiurandum" : "el juramento tiene el efecto de cosa juzgada; y no sin razón, pues el que defiere el juramento a su adversario le hace juez de su propia causa". D. 44. 5. 1.

-2. Supletorio, es aquel que tiende a la demostración de algunas cuestiones no acreditables por otros medios. C. IV. 1. 3.

-3. Iuramentum in litem, es aquel que es deferido por el pretor o por el juez y no puede ser referido.

-4. Deferido, es la invitación al adversario para que haga aceptación de la verdad. Esquemáticamente se representa del modo siguiente : A impone a B que preste juramento.

-5. Referido, consiste en que el deponente, le devuelve la propuesta a su contraparte, para que haga el terno, por lo que a su parte atañe. Sirva de paradigma lo que sigue : B devuelve la carga probatoria al primer impositor A.

- Extrajudicial, es aquel que se da fuera de juicio. (41).

c). Atendiendo al momento procesal en que se vierte, se tiene al promisorio y al confirmatorio.

-1. Promisorio, es aquel que precede a la deposición, consiste en una promesa de decir verdad, en las manifestaciones que se hagan posteriormente.

-2. Confirmatorio, es el que se practica después de la declaración, tiene lugar cuando se pregunta al emitente si expreso la verdad. (42).

d). Espontáneo, es aquel que se verifica sin delación del adversario o del juez, por lo tanto no tiene eficacia alguna. (43).

40. Kaser Max. Op. cit. p. 377.

41. Cuenca Humberto. Ob. cit. p. 86-87.

42. Parra Quijano Jairo. "Tratado de la Prueba Judicial. El Testimonio". Bogotá, Ed. Librería del profesional, 3ª edición, tomo I, 1988, p. 21.

43. Lessona Carlos. Op. cit. p. 39.

Ahora bien considerando al juramento como medio probatorio, en cuanto a su eficacia, la doctrina se divide en pro y en contra, a continuación se reseña ambos puntos de vista :

-1. Teorías favorables.

a). El terno "se manifiesta como la única trinchera colocada en defensa del testimonio y en apoyo de la fides del testigo". En la práctica el dicho no garantizado por este instituto, es generalmente desatendido acorde al aforismo "testis non iuratus non probat" : testigo sin juramento no hace prueba". (44).

b). El juramento es un auxiliar eficaz de la justicia, siempre y cuando se realice con la solemnidad que para el caso se requiere y atendiendo a las creencias del deponente. (45).

2. Doctrinas adversas.

a). Existen ocasiones en que no se tiene respeto alguno por el juramento, ya sea en una cultura o en otra las personas buscan subterfugios para evadir la obligatoriedad del mismo, pues prefieren los intereses materiales a los espirituales. (46).

b). El valor probatorio del terno depende de tres tipos de sanciones : 1. Religiosa, por miedo a castigos presentes o futuros. 2. Legal, por temor a las penas jurídicas. 3. Honor, ya que se puede perder el respeto social, por obrar con mentira. Ahora bien en la mayoría de ocasiones se le da mas crédito a la cuestión religiosa, empero en la praxis el hombre promete a Dios mismo el acatar sus mandamientos, y sin embargo no lo hace; si esto pasa con lo mas respetado que se puede esperar de lo demás. (47).

c). El egregio Jesús enseñó a sus discípulos : " No juren nunca : ni por el cielo, porque es el trono de Dios; ni por la tierra, que es la tarima de sus pies; ni por Jerusalén, porque es la ciudad del Gran Rey; ni por tu cabeza, porque no puedes hacer blanco o negro ni uno solo de tus cabellos. Digan sí cuando es sí, y no cuando es no, porque lo que se añade lo dicta el demonio." Mt.5.34-37. (El derecho romano, bajo una interpretación ad hoc, justifico el terno. Nov.XCVII).

d). Los romanos le daban demasiado uso al juramento, siendo que les constaba, que podía utilizarse maliciosamente, tan es así que en la legis actio sacramentum, la apuesta precisamente se prestaba para el caso de perjurio, a efecto de resarcir la ofensa a la divinidad, por ello en los primeros tiempos se destinaba a los gastos del culto. (48).

44. Dosi Ettore. Ob. cit; p. 115-116.

45. Adip Amado. Op. cit; p. 173-174.

46. Bonet y Navarro Angel. Ob. cit; p. 249-250.

47. Adip Amado. Op. cit; p. 182.

48. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit; p. 147.

#### D. Documental.

La palabra documento o instrumento (*instrumentum*) del latín *instruere*, *instruir*, *enseñar*, consiste en "todo aquello con lo cual se puede instruir una causa - *instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instruit potest*". En otros términos es la prueba que a través de un objeto enseña datos escritos sobre algo. (49).

En Roma la instrumental paso por cinco períodos a saber :

1). En las legis acciones, se conocen dos tipos de documentos : a. *Codex rationem domesticarum* (economía doméstica), y b. *Codex rationem argentarie*, es el utilizado por banqueros, no constituye un contrato.

2). En el sistema formulario, se conocen los siguientes : a. *Obligatio quae contrahitur* (para x contratos de los ciudadanos romanos, así como extranjeros), y b. Los *chirographae* o *singraphae* (usados por romanos y peregrinos).

3). Surgen los actuarios y los tabularios; en esta fase tiene mucho auge los instrumentos; existen registros hipotecarios, testamentos y contratos; estos últimos se dividen en privados y forenses, (que son elaborados por tabulario).

4). Aparece la figura de los notarios, que son los que toman notis (de ahí su nombre), no son mas que esclavos capacitados por escribas, eran equivalentes a un taquígrafo, pues solo auxiliaban en hacer borradores de los tabularios o de magistrados.

5). En esta fase ya se dotaron de autenticidad a los documentos, es decir gozan de fe pública, para ello estaba el *Magister Censu* en Roma, y en los municipios contaban con magistrados. En el imperio de Justiniano se crean archivos, también surge el *Tabelionati* (servicio municipal, gratuito y obligatorio el depósito del documento para autentificarlo), en la época de Arcadio. (50).

Por otra parte en el sistema formulario, tuvieron poca importancia los documentos, el mismo Cicerón dijo : "es ridículo acreditarle mérito a una prueba escrita, que puede ser falsificada, antes que al testimonio de una persona honorable". Empero en el transcurso del período clásico los documentos adquirieron mayor importancia; solo al oriente del imperio se difundían los principales instrumentos (*scripta*, *tabulae*, *instrumenta*, etcétera) esto debido al influjo griego con su notable

avance en la escritura. Siendo entonces la materia prima para los documentos : el papiro o tablas

49. Becerra Bautista José. "El Proceso Civil en México". México, Ed. Porrúa S.A., 14ª, edición, 1992, p. 134.

50. Domínguez del Río Alfredo. "Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil". México, Ed. Porrúa S.A., 1977, p. 205.

encerradas. Dada la fragilidad de éstos para conservar la escritura, era mas confiable la testimonial como medio probatorio. (51).

Los documentos son susceptibles de clasificarse en :

a). Público, es aquel en el que interviene el magistrado o algún fedatario público. (52). Su característica peculiar es su valor probatorio erga omnes. (53). Algunos paradigmas de éstos son los siguientes :

-1- Apud acta, es un documento registrado oficialmente.

-2- Exempla, son copias del anterior.

-3- Instrumenta pública o publice confecta, es aquel redactado por tabellion, en el foro o en la plaza pública. (54).

b). Instrumenta privata, es aquella cuya procedencia es de índole particular, solo tiene valor de prueba frente a la persona de la que proviene. (55). Algunos ejemplos de éstos son :

-1- Las tablillas (tabulae ocratae) es un documento que recoge la declaración extrajudicial de un testigo (testation) para su presentación posterior al juez. Esta tablilla tenía una capa de goma laca en la que se escribía con un punzón; para borrar se empleaba una espátula calentada ligeramente. Un senadoconsulto (probablemente Nerón) estableció una formalidad para este objeto, consistente en que debían estar sujetas las tablillas por el margen con tres cordones respectivos, y los sellos de cera de los testigos puestos sobre el cordón, para preservar el contenido, copiando o resumiendo éste en el exterior, además se firmaba (suscription), con el fin de identificar el sello puesto mediante el anillo (anulus), el cual es un símbolo de la fides, como en la parábola del hijo pródigo : “El padre dijo a sus servidores : rápido, tráiganle la mejor ropa y póngansela, colóquente un anillo en el dedo...” (Lc. 15,22.).

-2- Cartas privadas.

-3- Rationes, es un libro de cuenta (doméstico o bancario).

-4- Litteris, es una especie de contrato literal, en el que el ciudadano romano, en su libro de caja anota una suma de dinero, que le es debida.

51. Cuenca Humberto. Ob. cit; p. 87.

52. Ibídem p. 88.

53. Iglesias Juan. “Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado”. Barcelona, Ed. Ariel S.A. 7ª edición, p. 222.

54. Ors Alvaro de. Op. cit; p. 150-151.

55. Iglesias Juan. Ob. cit; p. 222.

-5- Chirographa. (quiografario), es un tipo de contrato literal, usado principalmente por griegos, pero fidedigno ya que lo suscribe el deudor y lo conserva el acreedor.

-6- Syngraphae, es un tipo literal de contrato. de igual modo lo usan primordialmente los griegos. lleva firmas de cada parte y se redacta por duplicado. (56).

c). Atendiendo al valor probatorio, existen los siguientes :

-1- Pleno o absoluto, verbigracia : "las tablas codex se reputaban tan importantes, que Cicerón las llamaba sanctoc, oeteroc. Gozaban de fe integra en juicio.

-2- Relativo, según lo aprecie el juez.

-3- Nulo, son aquellos que no tienen eficacia contra el que escribe, ni a su favor, por ejemplo : el libro doméstico. (57).

E. Testimonial.

La prueba testimonial, es aquella que se basa en testigos; a su vez, los testigos son aquellas personas que han percibido directamente por medio de sus sentidos (58) el hecho conexo a la controversia en calidad de terceros. (59).

Los testigos -testes-, son terceros, pues "nadie puede ser testigo en causa propia : nemo debet esse testis in propria causa". D.22.5.10. y agrega el Codex "omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem iura submoverunt : las leyes les quitaron a todos la facultad de prestar testimonio en causa propia". C.IV.19.10.

La ratio legis que justifica lo anterior es que si algún litigante declara, sólo puede hacerlo en su contra (en tal caso está confesando) o en su favor, lo cual resulta inútil. (60) Esto se complementa con el principio romano que la sola declaración producida carece de valor. C.IV.20.4. Esta disposición es bastante precisa toda vez que si el puro dicho de la parte en su interés, tuviese valor alguno, entonces con la deposición de la contraria en oposición se vendría a nulificar, dando por resultado una pérdida de tiempo y esfuerzo.

En conclusión el testigo es tan solo quien ha establecido un contacto directo con el hecho de la disputa (61) ya sea en forma parcial o total por medio de la vista, el oído u otro órgano,

desde luego sin tener injerencia personal en aquella cuestión.

56. Ors Alvaro de. Ob. cit; p. 150-151.

57. Lessona Carlos. "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil". Madrid, Ed. Reus, tomo III, 1961, p. 11.

58. Carames Ferro José M. Ob. cit; p. 382.

59. Parra Quijano Jairo. Op. cit; p. 2.

60. Becerra Bautista José. Op. cit; p. 112.

61. Dosi Ettore. Ob. cit; p. 100.

La humanidad antes de relacionarse con lenguaje impreso lo hacía con el oral, o bien con gestos, con mímica, etcétera. Así fue en los albores de la sociedad en que la necesidad de comunicación se desarrolló de forma natural, solo con la evolución y desenvolvimiento de la cultura se logró obtener la escritura. (62).

Por eso de las primeras pruebas que conoció el hombre, lo es la de testigos, y así también en un principio reinaba un aforismo de "testigos vencen escritos", solo hasta mucho después la inversa fue determinante, con sus respectivas excepciones. (63). Al respecto sirva de ejemplo lo siguiente :

"Si el acto realizado puede probarse como verdadero aunque falte la constancia escrita, no vale menos por el hecho de que no interceda ningún documento". D.22.4.5.

"El uso de los testigos es frecuente y necesario, y deben ser requeridos como tales aquellos que son de plena confianza". D.22.4.1.

"Resolvió el senado que el registro y los documentos públicos valieran mas que los testigos". D.22. 3.10

Cabe agregar a grosso modo, algunas particularidades exigidas en la testimonial :

- a). Eran inhábiles para declarar el impúber y el loco.
- b). Se tenía por parcial el testimonio de la mujer a favor del marido, del liberto en defensa del patrono, del abogado respecto de su cliente, o el prestado en contra de parientes cercanos.
- c). Se admitía la declaración del testigo único, siempre y cuando su conducta, honestidad y honorabilidad, lo justificaran.
- d). Para valorar los testimonios múltiples, el juez no los contaba sino que atendía a la calidad del testimonio. (64).
- e). "Aunque en algunas leyes se fija un gran número de testigos, sin embargo por las constituciones imperiales este exceso se limita al número suficiente de testigos, de modo que los jueces puedan determinarlo y permitan que se cite el número de testigos que ellos juzguen necesario, e impedir que con abusiva prepotencia se traiga para molestar a las personas una innecesaria multitud de testigos". D.22.5.1.2.

62. Domínguez del Río Alfredo. Op. cit. p. 229.

63. Alsina Hugo. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2ª. edición, volumen III, 1961, p. 397.

64. Cuenca Humberto. Op. cit. p. 86.

Por último cabe hacer una ponderación acerca de la eficacia probatoria del testimonio :

a). La prueba de testigos es “un arma de doble filo, que a veces se la utiliza para esclarecer los hechos, y otras para distorsionarlos”. (65). Esto se corrobora por la experiencia romana, en un principio se confiaba en ella dada la necesidad, empero con reserva se buscaba que fueran de confianza. D.22.4.1.; A la postre se considero un mal necesario : “restringiendo en lo posible la facilidad de presentar testigos, por medio de los que se perpetran muchas cosas contrarias a la verdad...”. C.IV.20.18.

b). El testigo informa sobre sus percepciones, pero para ello incluso la más sencilla, tiene que ser elaborada en la mente antes de ser utilizable en el proceso, por lo tanto aunque el deponente sea veraz, puede suceder que haya interpretado o no recuerde con pertinencia los hechos, dadas sus características particulares de su salud. “El cerebro humano no reproduce las impresiones automáticamente y sin propia intervención, como por ejemplo la placa fotográfica o el cilindro de cera del fonógrafo”. (66)

#### F. Pericial.

La pericial o experticia, es la prueba basada en peritos, a su vez éstos son las personas dotadas de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica. (67).

Se les denomina también como *judices facti* : jueces de hecho (68). puesto que “al experto le corresponde la apreciación del hecho y al juez la calificación del derecho”. (69). Salvo por lo que atañe a la asesoría del juez, que en la época clásica recibía por su ignorancia.

Ahora bien la pericial es procedente cuando los hechos del litigio, requieren conocimientos especializados para su ponderación, lo cual puede referirse a hechos, cosas y personas, enseguida se explica cada hipótesis : (advertencia, en el *ordo iudiciorum*, había pericial jurídica).

a). Hechos, que pueden ser pasados, presentes o futuros, verbigracia : un daño temido por una finca en peligro de derrumbarse.

b). Cosas, sirva de paradigma la calidad de *x* mercadería o la autenticidad de un documento.

c). Personas, por ejemplo el dictamen relativo al embarazo de *x* persona. (70).

65. Adip Amado. Ob. cit. p. 9-10.

66. Stein Friedrich. “El conocimiento Privado del Juez”. Bogotá, Ed. Temis, 2ª, edición, 1988, p. 11.

67. Carames Ferro José. Op. cit. p. 383.

68. Becerra Bautista José. Ob. cit. p. 123.

69. Balagué Doménech José C. “La Prueba Pericial Contable en las Jurisdicciones Civil y Penal” Barcelona, Ed. Bosch S:A., 2ª, edición, 1989, p. 11.

70. Witthaus Rodolfo E. “Prueba Pericial”. Buenos Aires, Ed. Universidad, 1991, p. 20-22.



En Roma y en especial en el *ordo iudiciorum privatorum*, la experticia se ocupó en los siguientes casos :

- 1- Agrimensores, en materia de deslindes.
- 2- Médicos, para determinar fechas de concepción.
- 3- Grafólogos, para verificar la veracidad o falsedad de los instrumentos.
- 4- Jurisconsultos, para cuestiones jurídicas, el juez debía inclinarse por el criterio mayoritario de los investidos por el *ius publice respondendi*. (71).

El pretor o el magistrado, tenían por costumbre designar como juez en los casos en que hiciera falta conocimientos especiales a una persona experta en la materia relativa al asunto, de modo que se ocupara tanto de la cuestión judicial como fáctica. Por ello no se requería normalmente el nombramiento de peritos. (72).

La peritación tuvo escasa importancia en el mundo romano, ya que el avance de la ciencia y la tecnología eran incipientes. (73).

#### G. La presunción.

“Etimológicamente se entiende por presunción (*praesumere*) suponer una cosa cierta sin que esté probada o sin que nos conste.” (74). Según otro autor proviene del latín *praesumptionem*, acción y efecto de presumir, por ende significa “tomar antes para sí”, ejemplo : Acaecido el hecho A lo normal, mas o menos firme, es que suceda el efecto B. (75).

La presunción consiste en que al verificarse ciertos hechos se tienen por conclusión determinadas circunstancias o consecuencias. Es un medio inductivo para demostrar x cuestión. Se les utilizaba para los casos en los cuales faltaban pruebas, a efecto de no abstenerse de juzgar. (76). También se le conoce como regla de experiencia, es “una herramienta característica de toda actividad judicial en cualquier época. Por ellas se deduce, partiendo de un hecho probado, la verdad de otro hecho” -desconocido-. (77).

Las presunciones se dividen en humanas y legales, y éstas últimas se subdividen en *iuris et de*

71. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit; p. 169.

72. Cuenca Humberto. Op. cit; p. 153-154.

73. Walter Gerhard. Ob. cit; p. 16.

74. Devis Echandía Hernando. “Compendio de Pruebas Judiciales”. Argentina, Ed. Rubinzal, tomo II, p. 337.

75. Domínguez del Río Alfredo. Ob. cit; p. 243-244.

76. *Ibidem*.

77. Walter Gerhard. Ob. cit; p. 16.

iure y iuris tantum, a continuación se explica cada una de ellas :

a). Presunción humana, -praesumptionis hominis-, es aquella realizada por el juez en base a su libre y racional determinación. En esta presunción humana o de hecho, al juez le atañe observar lo demostrado en el juicio, analizar los hechos y desprender comparativamente con la realidad social ciertos efectos.

b). Presunción legal, es una inducción prevista en la ley, y esta le fija su alcance de efectos, así como su eficacia probatoria. Se subdivide en :

-1- Absoluta ( iure et de iure : de y por derecho), es aquella que no admite prueba en contrario, pues la ley tiene por cierto x hecho proveniente de alguna situación.

-2- Relativa ( iuris tantum : sólo de derecho ), en esta se presumen x hechos como ciertos, en tanto no se demuestre lo contrario por medio de una contraprueba autorizada, es decir, admiten prueba en contrario. (78).

Según la mayoría de autores la presunción no es auténticamente una prueba sino mas bien una regla de derecho, salvo por la humana, que procede del juez, y que mas bien es un medio para poder resolver el caso. Por otra parte la doctrina no se pone de acuerdo sobre la fase de la historia procesal romana, en la que surgió a la vida jurídica, tan solo coinciden en que desde el sistema formulario existen las reglas de experiencia humanas. (79).

#### H. La inspección judicial.

El reconocimiento o inspección judicial, del latín inspectio-onis, examinar, mirar, escudriñar, consiste en que el juez o el magistrado por medio de sus sentidos analiza algún objeto o persona relacionada con el proceso. (80).

El juzgador al través de la inspección, puede llegar a una certidumbre o convicción absoluta, toda vez que per se, percibe las cuestiones, no solamente con los ojos, sino también con otros sentidos como el gusto, el olfato, el tacto, etcétera; como paradigma sirva lo siguiente : en una compraventa de vinos, se puede litigar porque el sabor no es el adecuado a la calidad requerida, entonces el órgano judicial tomará las muestras correspondientes para su apreciación. (81).

78. Iglesias Juan. Op. cit; p. 221.

79. Cuenca Humberto. Ob. cit; p. 148.

80. Domínguez del Río Alfredo. Op. cit; p. 224.

81. Becerra Bautista José. Op. cit; p. 129-130.

En Roma la inspección se utilizó mucho ( las XII Tablas aluden a ella ) entre lo mas usual era la problemática de confusión de linderos inmobiliarios. Causada en ocasiones por aluvión, ante ello era menester restablecerlos y "entre las atribuciones del juez que entiendo el juicio de límites, está la de enviar agrimensores y por ellos determinar la cuestión acerca de los límites con arreglo a equidad, reconociendo por sí mismo los terrenos, si las circunstancias lo exigen así". D.10.1.8. La procedencia de la inspectio : inspección ocular, tenía lugar cuando el examen directo de algún lugar, cosa o persona, por el iudex podía esclarecer los hechos controvertidos. (82).

El adjetivo ocular, utilizado para el sustantivo inspección, es un término inexacto en cuanto su alcance, pues como ya se dijo el reconocimiento no es solo con la vista, sino también pueden intervenir los otros sentidos, según el caso de que se trate. Empero el término es usado porque prevalece el uso de los ojos en la mayoría de las actuaciones judiciales, verbigracia : si se legan vasos de electro ( 4/5 de aurum y 1/5 de plata ), lo importante es determinar el metal principal, no tanto la cantidad exacta, entonces a simple vista se puede determinar cuales vasos son los correspondientes. D. 34. 32. 5.

#### I. La fama pública.

Según el Digesto la fama pública es el "estado de ileña dignidad comprobado por leyes y costumbres" - illaesa dignitatis status legibus et moribus comprobatus - . D. 50. 18. 5.

La fama pública es el conocimiento de dominio popular, cuando algún hecho entra en esta pertenencia entonces ya no había necesidad de ofertar la testimonial, por lo tanto "notoria non egent probatione : no es menester demostrar lo notorio. (83).

En otros términos este medio probatorio aporta un decir generalmente aceptado. (84).

#### J. Los indicios.

La prueba por indicios ( indiciis ) es aquella basada en huellas, rastros, vestigios o circunstancias, es decir, hechos indicadores. (85).

El derecho romano dejaba al juez una gran latitud, en virtud de la cual admitía simples indicios, siempre y cuando en el caso concreto fueran suficientes para dar certidumbre. (86). Literalmente

82. Carames Ferro José. Op. cit; p. 383.

83. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit; p. 170.

84. Domínguez del Río Alfredo. Op. cit; p. 241.

85. Dellepiane Antonio. "Nueva Teoría de la Prueba". Bogotá, Ed. Temis, 9ª, edición, 1989, p. 57 y 105.

86. Pina Rafael de y Castillo Larrañaga J. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". México, Ed. Porrúa S.A., 19ª, edición, 1990, p. 294.

el Codex dice : “Sepan todos los acusadores, que deben ellos llevar a conocimiento público cosa que este apoyada por testigos idóneos, ó fundada en evidentísimos documentos, ó de fácil prueba por indicios indudables y tan claros como la luz”. C.IV.19.25

### 3. Los medios de prueba en los procesos romanos.

Una etapa de los procesos romanos es la probatoria, en la cual se desenvuelven las probanzas aducidas por las partes; estas pruebas tienen influencia en el ánimo del juzgador, según sus características de la época en la que se hicieron valer, por lo cual cada juicio, tiene una prueba mas decisiva, según el avance cultural y científico de los tiempos, por eso a continuación se reseña lo distintivo y primordial en materia probatoria, para cada sistema de la evolución jurídica romana, dividida en tres grandes periodos a saber : 1. Las legis acciones, 2. La ordinaria iudicia, y 3. El procedimiento de cognición oficial.

#### A. En las acciones de la ley.

Al principio en las acciones de la ley, “el ius dicere, consistía, y originariamente no podía ser de otra forma, en declarar la voluntad de los dioses en relación al caso concreto...”siendo utilizada “...la averiguación ordálica de la razón y de la falsedad como cumplimiento institucional de la primitiva comunidad político-religiosa, que se confiaba al rey-sacerdote asistido por su colegio de pontífices”. Verbigracia : la legis actio sacramentum. (87).

Por lo tanto en la época primitiva las cuestiones se determinaban mediante señales divinas que eran provocadas para tal efecto. (88). Por eso era muy importante las palabras solemnes o rituales ya que “se les atribuía un poder religioso y casi mágico; por ello las acciones de la ley eran preparadas y otorgadas a los particulares...por un colegio de sacerdotes”. (89) . Empero a la postre la comunidad se volvió escéptica pues se dieron cuenta que los pontífices arreglaban las fórmulas a modo de favorecer a las clases poderosas.

Una vez que el proceso per legis acciones devino en laico, los medios de prueba que destacan son ante todo el testimonio (90) pues en esos tiempos la escritura era incipiente, después de este le seguían en importancia la confesión y la fama pública (en la manus iniectio). Se conocieron otras probanzas pero sin transcendencia. (91).

87. Biscardi Arnaldo. “Temas de Derecho Romano”. Barcelona, Ed. Bosch S.A., 1987, p. 18.

88. Walter Gerhard. Ob. cit; p. 14.

89. Arangio Ruiz Vincenzo. “Las Acciones en el Derecho Privado Romano”. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1945, p. 49.

90. Pietro Alfredo di y Angel E. Lapieza. Ob. cit; p. 170.

91. Arangio Ruiz Vincenzo. Op. cit; p. 20-21.

B. En el proceso formulario.

En la ordinaria iudicia, sobresalen los siguientes medios de prueba :

- a. Testigos.
- b. Confesión.
- c. Juramento.
- d. Pericial.
- e. Instrumental.
- f. Fama pública.
- g. Presunciones.
- h. Inspección. (92).

C. En la cognitio extraordinem.

En el proceso extraordinario, los elementos probatorios de índole primordial son :

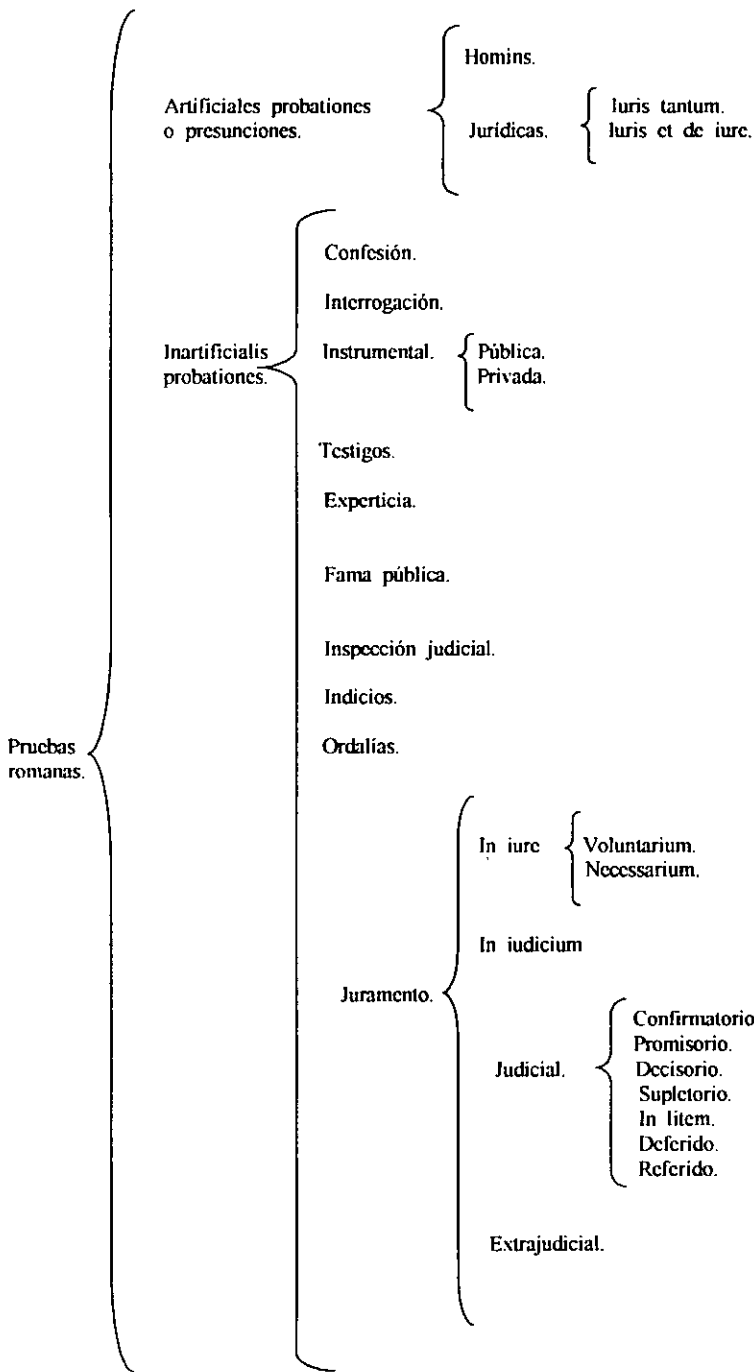
- a. Confesión.
- b. Juramento.
- c. Documentos.
- d. Experticia.
- e. Reconocimiento.
- f. Presunciones. (93)

Otras pruebas menos trascendentes son : la fama pública y los testigos, que en esta época, se le consideraba un mal necesario según lo disponia el Codex "restringiendo en lo posible la facilidad de presentar testigos, por medio de los que se perpetran muchas cosas contrarias a la verdad...". C.IV.20.18.

92. Bonfante Pedro. "Instituciones de Derecho Romano". Madrid, Ed. Reus, 5ª, edición, 1979, p. 132-133.

93. Cuenca Humberto. Op. cit: p. 146.

Cuadro sinóptico de las pruebas romanas.



### III. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO EN EL DERECHO ROMANO.

#### I. Concepto.

El procedimiento probatorio, es una serie de requisitos que se deben observar para poder determinar la situación fáctica en el proceso. (1). En otros términos es el conjunto de actos jurídicos procesales dirigidos a establecer la verdad de un hecho (2).

A continuación se explica la idea antes enunciada, :

A). Se alude a formalidades, ya que los sujetos procesales, o en su caso los auxiliares judiciales e incluso cualquier particular que tenga injerencia en el juicio, realizan actos procedimentales que se presentan bajo cierto aspecto o figura externa. (3). Mientras la ley no ordene x rito o forma, no habrá consecuencias adversas al estilo de conducirse en el devenir del litigio, empero por la seguridad y por los fines perseguidos, es menester el empleo de ciertos requisitos para actuar en la práctica probatoria, de lo contrario todo sería un caos, dichas condiciones entonces se convierten en cuestiones de validez, bajo pena de nulidad para el caso de incumplimiento. Estas normas desde luego, delimitan, entre otras cosas el tiempo, lugar, tipo de manifestación (verbal o escrita), etcétera. Por otra parte, existen dos variantes normativas : a. Generales, y b. Particulares. Siendo las primeras comunes a todos las probanzas, en tanto las otras son para cada medio de prueba individualmente considerado. (4).

B). Es muy importante el mecanismo que se utilice para incorporar los medios de prueba al proceso, y es tan delicado este proceder, que un detalle en apariencia insignificante, da pábulo a que se obtenga un resultado fuera de la realidad, sirva de paradigma la fábula de Susana, en la cual a grosso modo, se le acusaba de adulterio, en base al dicho de dos supuestos testigos, inicialmente fueron contestes, entonces la asamblea, dicto sentencia ipso facto condenando a Susana, pero al intervenir el abogado de ella, impugno la decisión, alegando faltas al procedimiento, y exigiendo la observancia del mismo, entonces solicito la separación de los testigos, de tal forma que no pudieran oír la deposición del interrogado en turno, de lo cual, surgió que estos eran falsarios, ya que incurrieron en contradicción esencial. Dn. 13. (5).

1. Döhring Erich. "La investigación del estado de los hechos en el proceso." Buenos Aires, Ed. EJE, 1986, p. 6.
2. Scialoja Vittorio. "Procedimiento Civil Romano." Buenos Aires, Ed. EJE, 1954, p. 217.
3. Arellano García Carlos. "Teoría General del Proceso." México, Ed. Porrúa S.A., 3ª. edición, 1989, p. 77.
4. Couture Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil." Buenos Aires, Ed. Depalma, 3ª. edición, 1993, p. 253-254.
5. "La Biblia." España, Ed. Paulinas y Verbo divino, 6ª. edición, 1990, p. 892-895.

C). La finalidad del procedimiento probatorio consiste en esclarecer la realidad, determinar el ser o mejor dicho lo que ha sido, pues lo cotidiano en la mayoría de las controversias es una oposición en cuanto los hechos relativos a la misma. Lo que se pretende en este instituto es lograr una idea segura de la verdad acerca del substrato fáctico, o en su caso precisar que tal cuestión no es asechable. (6). En el ordo iudiciorum privatorum, es modelo de estas consideraciones la frase insertada en la fórmula, "si paret" : si resulta que, en la cual se denota una fijación de los acontecimientos sobre los que gira la litis; en tanto por el otro extremo es paradigma el "rem sibi non liquere" : no veo claro, mediante el cual se estimaba la insuficiencia de material probatorio, para lograr certeza. A la postre desapareció la facultad del juez para excusarse de fallar (7) sin embargo en este caso se procedía con arreglo al subrogado de la prueba : la onus probandi. En conclusión la finalidad del procedimiento probatorio, consistente en determinar el ser, es tan solo para que en su momento procesal oportuno, el juez indique el deber ser, para la contienda, que ha de ventilar.

## 2. Fases de la etapa probatoria en los procesos romanos.

Según la teoría todo proceso jurisdiccional tiene las siguientes etapas :

- a. Postulatoria, en la cual se expone los términos del pleito.
- b. Probatoria, (cuya finalidad ya ha sido expuesta), cuando en algún caso, existe concordancia en los hechos y tan solo se discute el derecho, entonces se prescinde de ella, salvo que se requiera probar el orden jurídico. ( Por ello es contingente).
- c. Alegatos, en la cual las partes examinan el resultado probatorio, para justificar sus posiciones.
- d. Conclusiva, a cargo del órgano jurisdiccional y destinada a resolver la controversia.

Ahora bien en lo que se refiere a la etapa probatoria, a su vez teóricamente se integra de las siguientes fases :

- 1). Ofrecimiento, es aquella en la cual las partes proponen los medios probatorios, que consideran idóneos para acreditar sus aseveraciones.
- 2). Resolución jurisdiccional acerca de la oferta probatoria, que tiene dos posibilidades al respecto :
  - a. Admisión, consistente en que se aceptan x probanzas para que sean recibidas por el juez, y
  - b. Desocheamiento, en la cual se descartan algunas o todas las pruebas propuestas.

6. Döhring Erich. Ob. cit; p. 1. 12-13.

7. Carames Ferro José M. "Instituciones de Derecho Privado Romano." Buenos Aires, Ed. Perrot, volumen I, 1963, p. 384, 386 y 412.



3). Preparación, -es contingente- es aquella en la cual los sujetos procesales realizan los actos necesarios para que se reciba la prueba. Verbigracia : citación de testigo.

4). Desahogo, consiste en que el órgano jurisdiccional se allega los medios probatorios presentados.

5). Valoración, es la actividad del tribunal para determinar la eficacia probatoria de cada medio de prueba que figuren en la relación procesal, a efecto de señalar el estado de los hechos. (8).

Una vez vista la directriz especulativa, enseguida se analiza dichas fases en el devenir procesal romano :

A. En las legis acciones.

Dada la dicotomía del sistema de las acciones de la ley, el procedimiento probatorio, tiene lugar, propiamente en la instancia apud iudicem, pues este opera una vez que la contienda ha sido expuesta, siendo su finalidad aclararla. Ahora bien para iniciar las actuaciones ante el juez las partes deben comparecer ante él, en la fecha designada, generalmente tres días después de la litis contestatio, una vez al estar ambas ante el iudex, daban una explicación sumaria de la causa, corroborada por los testigos -causae coniectio-, y de ser necesario se agrega la causae peroratio : desarrollo de la causa, acto seguido se da la etapa probatoria. (9).

La cual contaba probablemente, con las siguientes fases :

a). Ofrecimiento.

b). Resolución del juzgador, ya sea de admisión o de rechazo de los medios de prueba.

c). Desahogo. (10), y

d). Valoración.

Los lineamientos generales, concernientes a estas factas son :

1). Acudir en el día correspondiente para la apertura de la segunda parte procesal. G.IV.15.

2). A las partes les corresponde la oferta del material probatorio -principio dispositivo-, conducente a justificar sus posiciones. (11).

3). Las actuaciones son orales.

4). Rige el principio de publicidad, según el cual, debe permitirse al público, que presencie la

8. Arellano García, Carlos, "Derecho Procesal Civil." México, Ed Porrúa S.A., 2ª, edición, 1987, p. 86 y 233.

9. Carames Ferro José M. Ob. cit; p. 349.

10. Margadant S. Guillermo F. Op. cit; p. 168.

11. Kaser Max. "Derecho Romano Privado." Madrid, Ed. Reus S.A., 2ª, edición, 1982, p. 355.

marcha procesal.

- 5). Inmediatez de la recepción de la prueba, consiste en que el juez per se reciba las pruebas.
- 6). Audición de ambas partes, por lo cual, al estar presentes ambos litigantes se les debe permitir manifestar lo que a su derecho e interés convenga, respecto a las probanzas.
- 7). En cuanto la valoración de los medios probatorios, el juzgador debía observar ciertos cánones para atribuir eficacia a cada uno de estos. (12).
- 8). Los sujetos procesales no están obligados a expresarse en términos exactos. (13).

B. En el sistema formulario.

El procedimiento probatorio, para la ordinaria iudicia, se manifestaba en la instancia apud iudicem, y en casos normales, contenía las fases siguientes :

- a). Ofrecimiento.
- b). Resolución del juzgador, con dos posibilidades : 1. Admisión, y 2. Rechazo
- c). Desahogo. (14). Y
- d). Valoración.

Los principios procesales, que regían estas facetas son :

- 1- Publicidad.
- 2- Oralidad.
- 3- Inmediatez.
- 4- Audición de ambas partes.
- 5- Las partes tienen la carga de procurar y exhibir los medios de prueba. –Dispositivo –.
- 6- Libre apreciación de la prueba, el juez gozaba de libertad plena para decidir la eficacia de cada prueba, acorde a la regla “apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent” : ante el buen juez valen más las razones que los testigos. (15).
- 7- Preclusión, en virtud del cual cada acto procesal tiene su momento para realizarse, bajo pena de ineficacia. Ejemplo : en la fase de desahogo, ya no se debe ofrecer pruebas, salvo algunas actuaciones en que se permitía lo contrario. (16).

12. Walter Gerhard. “Libre Apreciación de la Prueba.” Bogotá, Ed. Temis, 1985, p. 12-14.

13. Alamiro de Avila Martel. “Derecho Romano.” Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2ª, edición, 1994, p. 188.

14. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit; p. 168.

15. Walter Gerhard. Op. cit; p. 12-14.

16. Margadant S. Guillermo F. Op. cit; p. 168.

-8- Fuera de lo anterior el procedimiento era ágil, libre y simple. (17).

C. En el proceso extraordinario.

En la *cognitio extraordinaria*, el procedimiento probatorio, se subdivide en las fases que a continuación se indican :

- a). Ofrecimiento.
- b). Resolución del juzgador, en la que indicaba la admisión o rechazo de las probanzas.
- c). Preparación - exclusivo de algunas pruebas -.
- d). Desahogo. (18).
- e). Valoración.

Ahora bien los lineamientos procedimentales, para la etapa probatoria de la *cognitio official* son :

- 1- Formalidades, de tiempo y forma, así como penalidades por infracción de normas procesales.
- 2- Inmediatez, es de advertirse que se permitían excepciones.
- 3- Oralidad, pero con levantamiento de acta relativa a la actuación.
- 4- Audición oficial. (19).
- 5- Inquisitivo, consistente en que no solo las partes pueden aportar elementos probatorios, sino también el órgano jurisdiccional, ya que su finalidad es el averiguar la verdad. (20).
- 6- Las actuaciones son secretas, pues excluye al público.
- 7- Sistema de valoración legal, es decir, se rige por reglas establecidas por el legislador que asignan la eficacia de cada medio probatorio, sin embargo se le dejaba cierta libertad en la medida de algunas probanzas. (21).

3. El desenvolvimiento procesal de los medios probatorios en la fase probatoria de la *cognitio extraordinaria*.

El objetivo del tópico en cuestión es el análisis del mecanismo de cada probanza en particular, ya que a diferencia del *ordo iudiciorum privatorum*, en el proceso extraordinario, se rechaza al sistema libre o abierto en cuanto a forma y desarrollo, por ende su órbita es la actividad probatoria reglamentada, otorgando valor sólo a aquellos elementos de convicción que lleguen al juicio

17. Carames Ferro José M. Op. cit: p. 381.

18. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit: p. 178.

19. Walter Gerhard. Op. cit: p. 12-13.

20. Cuenca Humberto. "El Proceso Civil Romano." Buenos Aires, Ed. EJEA, 1957, p. 123, 146-147.

21. Véscovi Enrique. "Teoría General del Proceso." Bogotá, Ed. Temis, 1984, p. 26.

mediante el rito procesal. (22).

Se ignora si la apertura del procedimiento probatorio se verificaba inmediatamente después de la litis contestatio o si se requería una interlocutio del juez llamando a pruebas. (23).

Ahora bien a continuación se examina el funcionamiento de cada medio demostrativo en el sistema postclásico :

A. La confesión e interrogación.

Cabe aclarar, que la interrogación es un medio para provocar la confesión, sin embargo puede haber interrogatorio sin confesión, y confesión sin que intervenga aquella. (24)

a). Ofrecimiento

- Todos los sujetos procesales tienen facultad, para proponer la interrogación. (25).

b). Admisión.

- El órgano jurisdiccional ha de aceptar la probarza, siempre que la equidad se lo sugiera, como pertinente. D. 11.1.21.

c). Desahogo.

- Previamente al interrogatorio, se debe proferir el juramento por el absolvente. (26).

- Para formular las posiciones, el único requisito es que se deben realizar con apego a la justicia, con independencia de quien las ejecute. D.11.1.21.

- En presencia del tribunal ambas partes se podían cuestionar. (27).

- El juez puede preguntar a cualquiera de los contendientes, las veces que considere necesarias, para investigar la verdad, o por si algo nuevo desean añadir. C.3.1.9.

d). Valoración.

- Su eficacia esta asociada al logro de la confesión, y en lo que se refiere a ésta última, se le asignaba un valor dependiente de la relación, ya sea a los hechos o al derecho, en el primer supuesto es un instrumento mas de prueba, en el otro, si constituye allanamiento, entonces equivale a sentencia. (28).

22. Bacre Aldo. "Teoría General del Proceso." Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, tomo III, 1992, p. 55.

23. Cuenca Humberto. Op. cit; p. 146.

24. Bacre Aldo. Ob. cit; p. 639.

25. Cuenca Humberto. Op. cit; p. 147.

26. Ibidem, p. 149.

27. Bacre Aldo, p. 639.

28. Alvarez Suárez Ursicino. "Curso de Derecho Romano." Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, tomo I, 1955, p. 555 y 571.

## B. Instrumental.

### a). Ofrecimiento.

- Tanto las partes como el órgano jurisdiccional, están legitimados para ofertar esta prueba. (29).

### b). Admisión.

- A efecto de aceptar los documentos, deben poseer evidencia respecto al litigio. C.4.19.25.

### c). Desahogo.

- ¿?

- Cuando algún litigante, aseverase que era falsa la documental presentada, entonces se permitía la tacha del instrumento, a efecto de investigar su autenticidad. (30).

### d). Valoración.

- Prevalece sobre la testimonial. (31).

- Tiene menos eficacia que la confesional y el juramento. (32).

- Según Scialoja, los escritos tienen influencia, acorde a su naturaleza, susceptible de graduarla en tres grados : 1. Plena fe, que son los documentos públicos, 2. Crédito parcial, los privados pero con ciertas formalidades, tales como, suscritos por las partes, firmados por tres testigos y redactados por tabularis (es susceptible de dispensa), 3. La documental particular, carente de lo anterior, su calidad demostrativa es según el criterio del juez. (33).

- Las constancias suscritas por el que pretende sacarle beneficio, carecen de valor, sino media la participación de algún otro medio de comprobación, en su contenido.

- El parentesco y el estado civil, indefectiblemente debe acreditarse con las actas del estado civil. (34).

## C. Presunciones.

### a). Ofrecimiento.

- Cualquiera de los sujetos procesales, puede ofertar, la prueba de referencia. (35).

### b). Admisión.

- ¿?

29. Cuenca, Humberto. Op. cit. p. 147.

30. Idem, p. 150-151.

31. Ninna Ponssa de la Vega de Miguens. "Manual de Derecho Romano." Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1981, p. 212.

32. Cuenca Humberto, P. 149.

33. Scialoja Vittorio. Op. cit: p.

34. Cuenca Humberto, p. 150.

35. Ibidem, p. 147.

c). Recepción.

- El juzgador mediante la instrumental de actuaciones, producía las presunciones hominis, en tanto las jurídicas, al provenir de la ley, basta con indicarlás. (36).

d). Valoración.

- La presunción absoluta, tiene eficacia plena, en tanto, la relativa subsiste como verdad, mientras no sea descartada por otra probanza. (37).

D. Pericial.

a). Ofrecimiento.

- Las partes y el tribunal, tienen potestad, para proponer la experticia, pero solo el juzgador está facultado para designar a los peritos correspondientes, pudiendo efectuarlo, en cualquier momento del proceso. (38).

b). Admisión.

- ¿?

c). Desahogo.

- Los expertos debían rendir su dictamen bajo juramento. (39).

- Cuando se utilicen parteras, deben contar con reputación de honestidad y aptitud cognoscitiva, para desarrollar el cargo. Además deben ser tres, para que dictaminen acerca de un posible embarazo, siendo su determinación por unanimidad o mayoría de votos. D.25.4.1.

- Cuando se trate de agrimensores, estos deberán hacer las operaciones respectivas, en el sitio relativo al caso. C.3.39.3.

- En caso de confusión de linderos, estos deben dictaminar para restablecerlos. D.10.1.8.

d). Valoración.

- El juez tiene libertad para apreciar el valor de los dictámenes aportados. (40).

36. Idem, p. 148.

37. Ninna Ponsa de la Vega de Miguens. Ob. cit: p. 212.

38. Cuenca Humberto. Op. cit: p. 147 y 153.

39. Idem, p. 137.

40. Alvarez Suárez Ursicino. Op. cit: p. 574.

## F. Inspección judicial.

### a). Ofrecimiento.

- Indistintamente las partes o el juez, pueden proponer la inspección. (41).

### b). Admisión.

- ¿?

### c). Desahogo.

- El magistrado debía encaminarse al lugar, que sería motivo del examen, salvo que estuviera muy lejano, entonces, podía delegar esta atribución en un funcionario subordinado.

- Tratándose de cosas, las debía analizar en donde se encontrarán, salvo que este fuera distante, procediendo al igual que en el caso anterior.

- En presencia de las partes, el juzgador, debía asentar en un acta sus observaciones obtenidas mediante la práctica de la inspección. (42).

### d). Valoración.

- Es muy subjetiva, ya que la realiza el mismo juzgador. Por ejemplo cuando se analiza, algunos vasos de electro, el metal principal se determina, no con exactitud, sino acorde a la apariencia del objeto. D.34,32,5.

## G. Indicios.

### a). Ofrecimiento.

- Todos los sujetos procesales pueden proponer la prueba antes aludida. (43).

### b). Admisión.

- Para que el juez acepte este medio probatorio, debe ser indudable y claro. C.4.19.25.

### c). Desahogo.

- No necesitan formalidad alguna para su recepción, ya que son resultado de la instrumental de actuaciones, sin embargo, ello no dispensa a las otras pruebas recibidas, en las que se apoyen.

### d). Valoración.

- ¿?

41. Cuenca Humberto, op. cit; p. 137.

42. Ibídem, p. 154.

43. Ibídem, p. 147.

#### H. Juramento.

##### a). Ofrecimiento.

- Las partes pueden ofertar el terno, también el órgano jurisdiccional pero limitado al de carácter supletorio. (44).

##### b). Admisión.

- El juez debe aceptar el juramento, si lo que se pretende es evitar la mentira. Nov. XCVII.

##### c). Desahogo.

Es lícito impeler para que la praxis del juramento, se haga en determinada forma, según la aquiescencia de quien lo promueva. Ejemplo : por la cabeza del deponente. D.12.2.3.4.1.

Se debe jurar, en los términos en los cuales se haya deferido, bajo pena de nulidad, sirva de paradigma lo siguiente : si se impone para que se jure por Dios, así se debe practicar, mas no por un equivalente. D.12.2.3.4.

- Cuando algún declarante por respeto al ente divino, jure en lugar de él, por su salud, entonces carece de eficacia el mismo, pero debe rendirlo nuevamente y con solemnidad. D.12.2.33.

- El juzgador puede si lo estima pertinente, poner coto al número de juramentos, que hayan de realizarse, pues es lícito, que se jure ilimitadamente. D.12.3.2.

- El deponente debe evitar cualquier blasfemia o injuria, asimismo se prohíbe jurar por los cabellos o por algo semejante. Nov. LXXVIII.1.1.

- Cuando falten pruebas para determinar los hechos, entonces puede el juez, deferir el juramento de tipo decisivo. D.12.2.1. y C.4.1.3.

##### d). Valoración.

- El juramento decisivo, tiene valor pleno, - efecto de cosa juzgada -. D.44.5.1.

- El terno en el cual haya consentimiento recíproco para someterse al resultado, es irrevocable, por ende su eficacia es absoluta. C.4.1.1.

Fuera de estos supuestos, solo será un elemento mas de convicción, al arbitrio del juez. (45).

44. Alamiro de Avila Martel. Op. cit; p. 228.

45. Cuenca Humberto. Op. cit; p. 149.



I. Testimonial.

a). Ofrecimiento.

- Todos los sujetos procesales pueden ofertar la probanza antes aludida. (46).
- El oferente, debe pedir se otorgue licencia [ equivale a exhorto ] para desahogar la testimonial en una circunscripción territorial diversa a la que conoce del negocio, cuando las circunstancias así lo requieran. Nov. XC.V.

b). Admisión.

Para aceptar la prueba se deben observar los requisitos siguientes :

- Pluralidad de testigos - por lo menos dos -. C.4.20.9.
- Idoneidad de personas que vayan a testificar. C.4.19.25. Al respecto la Novela 90 indica que cualidades debe tener el testigo, tales como : dignidad, ocupación decorosa, honestidad y riqueza.
- Preferencia para testigo que observe estrictamente la religión de indole judicial. C.4.20.5.
- El órgano jurisdiccional tenía facultad discrecional para que en la medida de lo posible desechara testigos, siempre y cuando existieran otros elementos probatorios. C.4.20.18.
- El juzgador al aceptar el testimonio, que se deba instrumentar en una competencia geográfica ajena a la suya, entonces, si precede la solicitud - salvo que utilice su poder inquisitivo -, debe decretarlo, señalando tiempo suficiente para celebrar la audiencia respectiva y que una vez cumplimentada, se le remita las constancias correlativas, con las formalidades de ley. Nov. XC.V.
- El juez tiene facultad discrecional para limitar el número de testigos, para ello mandara citar a los que estime pertinentes, desde luego respetando el mínimo. D.22.5.1.2.

c). Preparación.

- Los testigos deben ser citados, ya no se pueden rechazar a deponer, salvo excepción. (47).
- Las fuentes no lo indican pero es probable, que el interesado en la práctica de la atestiguación en una sede distinta a la que ventila el asunto, tenía que llevar la "licencia" al juzgado competente, a fin de que pudiera ejecutar el decreto de su colega.
- El juez o el defensor, deben avisar a la contraparte del oferente, la fecha y hora para la praxis de la recepción testimonial, cuando haya de verificarse en otro lugar, y dicha persona se encuentre en esa zona, a fin de que asista conforme a sus garantías procesales, empero de no acudir, se le tendrá como si estuviera presente, para lograr la validez de la probanza. Nov. XCH.IX.

46. *Ibidem*, p. 147.

47. Kaser Max. Ob. cit. p. 389.

- La instrumental de actuaciones respectivas a la prueba de testigos celebradas en un juzgado exhortado, se deben remitir al exhortante por medio del oferente o del adversario, debiendo tener los sellos de aquel tribunal. Nov. XC.V.

- Se tenía que girar instrucciones a un juez delegado para que le tomara declaración a testigos en su domicilio, cuya calidad de éstos fuese ilustre, obispo o alto funcionario público. (48).

d). Recepción.

- Para desahogar la testimonial, se debía procurar que santamente se realizara, por lo tanto ante el juez debían estar los divinos evangelios, de tal modo que se inspire la presencia de Dios, y con ello se induzca a descubrir la verdad, en atención al respeto debido a la religión. Nov. XCIII.IX.

- Antes que declaren los testigos, se les constringe para que digan la verdad y deben proferir juramento religioso - las manos en los evangelios -. C.4,20,9.

- Enseguida se le tomaba los generales a los deponentes, tales como cualidades personales, clase social, honestidad, integridad, reputación, rico o pobre, codicioso, si es enemigo de la parte contra la que atestigua, o amigo de la que favorece. D,22,5,3.

- El juzgador puede desechar al testigo, que este por favorecer a alguna de las partes o persiga lucro, o tenga enemistad con algún litigante. D,22,5,3.

- Si existe sospecha de perjurio concomitante a la declaración del testigo, entonces el juez puede ordenar que se le martirice, para que diga la verdad. C.4,20,13.

- Si los que atestiguaron son de carácter ignoto, y resultara que tergiversaron las cosas, entonces mediante azotes, se les impele para que digan la realidad. Nov. XC.1.1.

- El cuarto testimonio fue vedado, ya que se permitía, que los contendientes presentaran diversos testigos con posterioridad a la manifestación judicial de otros, lo cual denota una técnica jurídica deficiente, a la postre para evitar que estos aleccionaran a los sucesivos, se prohibió la producción de la testimonial, cuando alguno de los adversarios interesados en practicarla otra vez, se hubiera impuesto de los testimonios. Nov. XC.IV.

- Tanto el oferente como el adversario pueden interrogar al declarante, el primero con preguntas y el otro con repreguntas, es garantía procesal que la prueba se haga en presencia de ambos, pero si no acude, es aún valedera, en tanto la falta obedezca a su negligencia. Nov. XC,2,9.

- De las deposiciones rendidas se levantaba acta, siendo menester que el tribunal les expidiera a

48. Scialoja Vittorio. Op. cit: p. 395.

los litigantes ipso facto, una copia de dicho instrumento, para que pudieran preparar su defensa adecuadamente. (49).

e). Valoración.

- En términos generales, el juez tiene libertad para apreciar la testimonial según su arbitrio, salvo algunas restricciones. D.48,18, D.22,5,12, y D.22,20,68.

- A manera de instrucción, el tribunal al apreciar los testimonios, deberá tener en cuenta la confianza que pueda merecer el dicho de cada testigo, en base a su dignidad, costumbres, y ante todo descartando aquellos que titubeen en su declaración. D.22,5,2.

- Existe un texto confuso, que indica al inicio, que solo extraordinariamente, se ha de tener en consideración el testimonio único, pero enseguida añade, que en absoluto se debe prescindir del medio referido, por mas que el emisor sea integro. C.4,20,9.

La doctrina es divergente en cuanto, a la interpretación del precepto antes aludido, y sostiene los siguientes puntos de vista :

-1- Algunos romanistas dedujeron de esta ley el principio "unus testis nullus testis", considerado por Scialoja, como absurdo. (50). En tanto Dosi estima que es eficiente, ya que la certidumbre es robustecida entre mas testimonios concurren. (51).

-2- Según Adip, lo que la norma indica es que son suficientes dos testigos, lo que provoco un análisis erróneo: asignar al derecho romano el origen de la regla de "testis unus testis nullus", es indebido ya que esta proviene del derecho mosaico, según se puede corroborar en algunas citas bíblicas, tales como : Dt.19,15, Jn.8,17, y Mt.18,16. En la normatividad romana, este lineamiento no tuvo aplicación. (52).

- Es ineficaz el testimonio de judíos y herejes contra litigantes cristianos u ortodoxos. C.1,5,21.

- Es mas digno de crédito el testigo que tenga riquezas o status social alto. C.4,20,9, y Nov. 90,1.

49. Idem.

50. Ibidem, p. 393-394.

51. Dosi Ettore. "La Prueba Testimonial." Bogotá, Ed. Temis S.A., 1986, p. 120.

52. Adip Amado. "Prueba de Testigos." Buenos Aires, Ed. Depalma, 1995, p. 237.

#### 4. Objeto de la prueba en el ordo iudiciorum privatorum.

Se entiende por objeto de la prueba aquello que es menester probar - qué se prueba -. (53).

En el derecho romano la regla general es que los hechos son materia de prueba por excepción se demuestra el derecho.

A continuación se expone lo que se sometía a demostración en el ordo iudiciorum privatorum, atendiendo a sus dos subdivisiones :

A). En las legis acciones, los acontecimientos en exclusiva, eran puestos bajo la acreditación, ya que el derecho era del dominio reservado de los juzgadores - pontífices - puesto que el contenido de las fórmulas era un privilegio y secreto del colegio de sacerdotes; esto fue así mucho tiempo, hasta que Gneo Flavio - persona de clase inferior, pero con influencias - publicó un formulario de las acciones, no obstante el tema probatorio continuo sin alteración alguna. (54).

B). En la ordinaria iudicia, la substancia de la probanza, son las situaciones fácticas, y a pesar de que los jueces suelen ignorar el orden jurídico, este no es tópico de justificación, puesto que para ello reciben asesoramiento por peritos. (55).

Por otra parte cabe agregar que en el proceso extraordinario, lo cotidiano es la prueba de los hechos, ya que el derecho es del patrimonio del tribunal, atento al principio de iura novit curia, sin embargo la salvedad consiste en que el derecho consuetudinario - normas locales -, así como los responsa e incluso las constituciones imperiales, deben probarse por quien las invoque por medio de una exposición adecuada - recitatio -. (56).

Ahora bien dentro de los hechos, cabe distinguir que solo algunos son materia de acreditación, siendo su cualidad basada en que deben tener lo siguiente :

- Relevantes o contradictorios, son aquellos cuyo contenido es divergente ya que proceden de proposiciones opuestas vertidas por los litigantes, por lo tanto sería ocioso el tratar de probar lo que sea motivo de conformidad entre las partes, según el principio "frusta probatur quod probatum non relevat" : es inútil probar hechos irrelevantes. (57).

53. Bacre Aldo. Op. cit; p. 12.

54. Arangio Ruiz Vincenzo. "Las Acciones en el Derecho Privado Romano." Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1945, p. 49-50.

55. Ors Alvaro de. "Derecho Privado Romano." Pamplona, Ed. Universidad de Navarra S.A., 8ª, edición, 1991, p. 147.

56. Arias Ramos y J. A. Arias Bonet. "Derecho Romano I." Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 17ª, edición, 1984, p. 210.

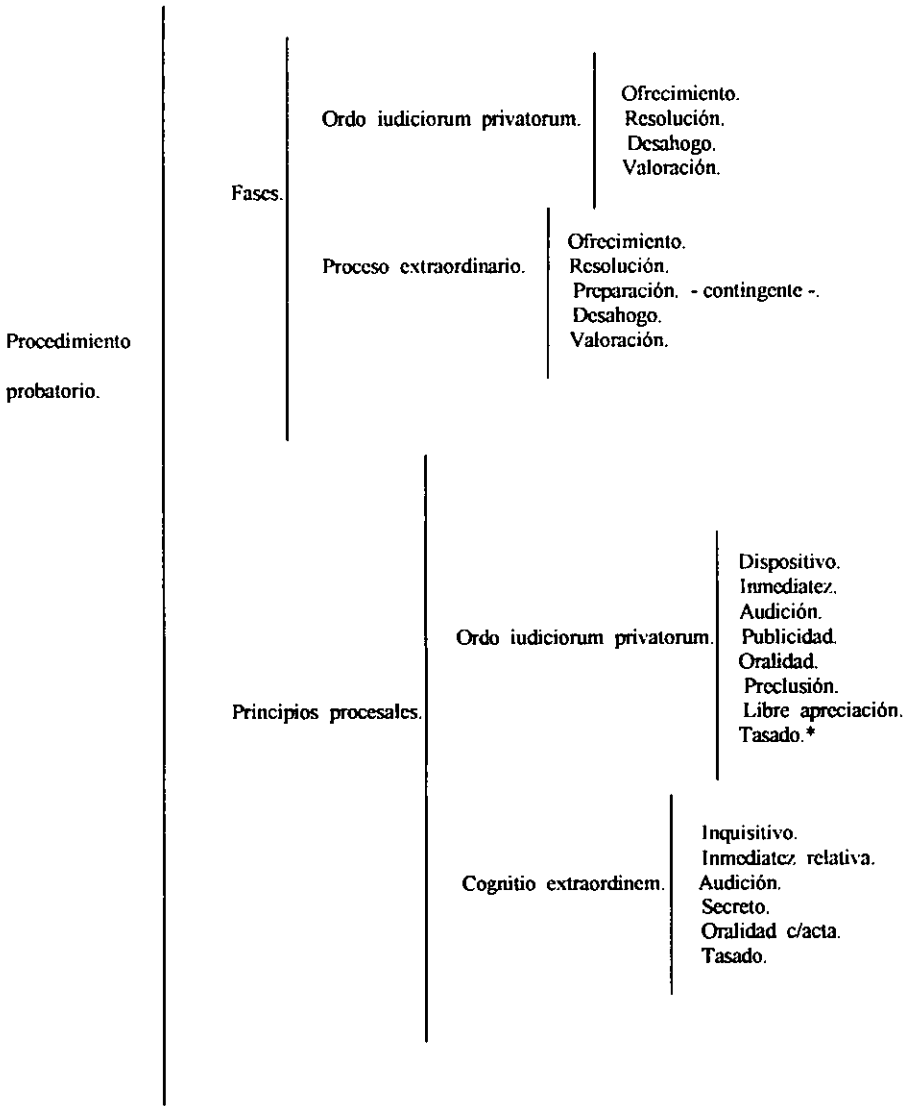
57. Couture Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil." Buenos Aires, Ed. Depalma, 3ª, edición, 1993, p. 223-224.

- Inciertos, ya que de ser evidentes o notorios, no existiría necesidad de corroborarlos : “notoria non egent probatione.” (58).
- Que no sean previstos por alguna presunción legal. (59). Cabe aclarar que el litigante afectado por dicha probanza, si tiene derecho de contraprueba, desde luego cuando sea relativa, entonces solo para él tendrá injerencia la procedencia de esto como materia de prueba.

58. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit; p. 170.

59. Couture Eduardo J. Op. cit; p. 226.

Cuadro sinóptico del procedimiento probatorio.



\*Legis actiones.

#### IV. LA ONUS PROBANDI EN EL DERECHO ROMANO.

##### I. Concepto.

La onus probandi (carga de la prueba), en el orden jurídico romano se puede considerar desde dos perspectivas a saber :

A). Desde el punto de vista de la injerencia de los litigantes, la onus probandi es una necesidad práctica ante la cual se encuentran las partes, consistente en acreditar sus aseveraciones, para poder obtener el efecto jurídico deseado y por ende eludir la posible pérdida del litigio. (1).

A continuación se explica los elementos de la noción antes referida :

a). La prueba es indispensable, cuando existe contradicción en el dicho de los adversarios, pues la lógica dice que es digno de crédito el dicho tanto de uno como del otro. (2). De modo que la sola declaración carece de valor alguno, en tanto no este corroborada con alguna probanza que la respalde. C.IV.20.4.

b). Es laudable el uso del tecnicismo "carga" por los romanos, lo cual denota su agudeza intelectual, ya que este vocablo delimita su contenido sui generis, divergente de las categorías conocidas como obligación o deber; en cuanto a la primera se le conoció en dos sentidos : 1. La obligación es un vínculo de derecho civil, mediante el cual se puede exigir el pago de algo. I.III.XIII. Y 2. Según Paulo la esencia de las obligaciones es la facultad de constreñir a alguien para que realice alguna prestación. D.44.7.3.

Visto lo anterior es notable que en la carga no se faculta al contrario para poder interpelar determinada prestación o pago; la conducta consistente en aportar pruebas para el probable beneficio del que las rinde, no es exigible o ejecutable, además a diferencia del deber u obligación al opositor en lugar del cumplimiento de la carga, le conviene lo contrario, o sea el incumplimiento, en tanto en los otros le resulta mejor el acatamiento. Desafortunadamente en el derecho romano no se elaboró una idea general de la carga, pues solamente se la consideró en la materia probatoria. (3).

1. Micheli Gian Antonio. "La Carga de la Prueba." Buenos Aires, Ed. EJEJA, 1961, P. 59.
2. Eisner Isidoro. "La Prueba en el Proceso Civil." Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1992, p. 67.
3. Santo Víctor de. "El Proceso Civil." Buenos Aires, Ed. Universidad, tomo II, 1988, p. 217.

c). A pesar de que el órgano jurisdiccional y el adversario del gravado con la carga, no les es factible exigir el cumplimiento de la misma, lo que impulsa a la actividad probatoria es que la misma es imprescindible para que el contrincante no logre su propósito.

B). Atendiendo a la tarea judicial, la *onus probandi*, es el instituto jurídico procesal, en virtud del cual se le ordena al juzgador el sentido de la sentencia, para el supuesto de insuficiencia o de absoluta carencia de material demostrativo. (4).

Enseguida se explica los elementos del concepto antes enunciado :

a). La carga es un instituto, ya que presenta un cumulo de relaciones jurídicas en cuya virtud se regula las actividades de los sujetos procesales, delimitando su esfera normativa.

b). Frente al tribunal, el gravamen representa tan sólo una serie de instrucciones mediante las que se le facilita su labor decisiva, toda vez que estas ilustran el contenido de la sentencia, ya en favor del actor, o en su caso del demandado, única y exclusivamente cuando el procedimiento probatorio no haya alcanzado su objetivo primordial, digase el esclarecimiento de los hechos.

c). En lo referente a las partes, la carga probatoria, es un elemento de seguridad en la actuación del litigio, pues al conocer su alcance y contenido, de antemano pueden especular si tienen posibilidades de obtener el triunfo o en su caso mejor abstenerse de un juicio, que vaya en detrimento de su economía, pues no tiene caso invertir en algo que es patente su desperdicio.

d). Existe un requisito *sine quanon* para que el juzgador por medio de su raciocinio, logre en---contrar la verdad de los hechos controvertidos, y consiste en que tenga datos suficientes para aquilatar las cosas tal como fueron. De modo que ante la escasez o deficiencia demostrativa es casi imposible que el órgano decisivo de una sentencia justa, salvo una mera casualidad. (5). Por ello y en virtud de que al aparato estatal, ya no le era dable el denegar la administración de justicia, se tuvo que inventar un medio para resolver el asunto, según la legalidad no obstante que el resultado diese en ocasiones una injusticia. Este expediente se traduce en asignar a determinado litigante la pérdida o victoria según tenga el peso de la prueba a su favor o en su perjuicio. luego entonces el tribunal tiene el deber de aplicar la máxima que le indique como sentenciar.

Ejemplo : " *actore non probante, reus absolvitur* " : si el actor no prueba absuélvase al reo.

4. Bacre Aldo. "Teoría General del Proceso." Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, tomo III, 1992, p. 40.

5. E.V.C. Sociedad. "La Razón y la Fe." México, folleto número 21, p. 3-6.



## 2. Distribución de la carga de la prueba.

Distribuir el peso probatorio, tan sólo es repartir o asignar a alguna de las partes el riesgo de la falta o imperfección de los ingredientes de convicción. En contrari sensu, es darle el triunfo al que esta exento de la onus probandi, en tanto el adversario no logre acreditar su posición. Por lo tanto el tema en análisis, es para determinar cual de los litigantes tiene el peligro de sucumbir ante la incertidumbre, y que por ello le sea menester acreditar su postura.

### A. Sistemas para prorratear la carga probatoria.

Existen varias formas para establecer a quien le corresponde probar, y son los siguientes :

a). Libre, [ la doctrina lo denomina ordenamiento jurídico abierto ] consiste en que al órgano jurisdiccional le compete atribuir el gravamen probatorio a alguna de las partes, atendiendo a su criterio particular, es decir, según su arbitrio; entre las cuestiones que le pueden orientar para persuadirse a quien debe imponer el peso probatorio, esta la situación que presente cada problema individualmente considerado, y/o también las cualidades de las partes. Ejemplo : en un pleito monetario, existía un acreedor con buena reputación, en tanto el deudor era considerado deshonesto; entonces al ocurrir ante el juez, el actor carecía de pruebas que justificaran su crédito, por lo cual el demandado invocaba la máxima de que si el actor no prueba debe absolverse al reo, pero como el iudex, no estaba obligado a acatar dicho principio en virtud de que no tenía fuerza legal, sino a modo de consejo, entonces se le figuraba una injusticia el liberar al sujeto pasivo por sus antecedentes inmorales, por lo cual recurrió al consejo de un filósofo que le aconsejó que diera el fallo a favor de la persona decente, sin embargo el juzgador prefirió jurar non liquet, pues en esa época era permitido. (6).

b). Tasado o cerrado consiste en que el legislador establece por medio de la ley, de modo imperativo e ineludible a quién le toca satisfacer la necesidad de la prueba. Lo cual puede realizarse de los modos siguientes :

-1- Por medio de principios generales, es decir, mediante uno o más supuestos que abarquen a todos los casos posibles.

-2- Al través de la casuística, o sea, que mediante una infinidad de hipótesis legales se atiende

6. Lessona Carlos. "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil." Madrid, Ed. Reus, tomo I, 1957, p. 123-124.

cada problema en si mismo considerado. Lo cual es muy difícil dada la inmensa variedad de asuntos que pueden acaecer, por lo cual se puede omitir la regulación de alguno.

-3- Ecléctico, que estriba en combinar las pautas citadas con antelación.

B. Comentario acerca de la eficacia de los sistemas para repartir la carga de la prueba.

La usanza tipo libre, tiene el inconveniente de prestarse al abuso de la función judicial, ya que los litigantes pueden ser prejuzgados según las apariencias, además de que no por el hecho de que una persona haya sido deshonesto en alguna ocasión eso implique indefectiblemente que en el caso concreto se hubiera comportado en ese tenor. Asimismo se estaría bajo la asechanza de los maliciosos, que aprovechando la incertidumbre y el excesivo arbitrio del juez, podrían intentar obtener los bienes de otros.

Esta técnica provoca una inseguridad tremenda en la relación jurídica procesal, pues las partes no tienen lineamiento alguno para conocer hasta que grado les es imperioso la actividad probatoria, lo cual percibirán hasta que el tribunal dicte sentencia, siendo entonces inútil el conocimiento, ya que no pueden aportar mas pruebas a partir de ese momento. (7).

En lo referente a la técnica de oclusión, el único pero, es la dificultad para crear una fórmula que abarque cualquier hipótesis que acontezca y que sea justa.

C. Distribución de la carga de la prueba en los procesos romanos.

Una vez examinados los métodos para atribuir el peso probatorio, a continuación se expone el ejercicio que realizaron los romanos, respecto a ellos, según su desarrollo procesal :

A). En las legis acciones.

En las acciones de la ley, la doctrina es inestable acerca de quien tenía la carga probatoria, toda vez que se sustentan entre otras opiniones las que siguen :

-1- La prueba le incumbe al demandado ya que en la fórmula se le insta para que afirme y justifique su manifestación. (8).

-2- La idea predominante, es que ambas partes les transcendía la onus probandi, ya que en la legis actio sacramento in rem, se daban dos afirmaciones opuestas entre sí, por lo cual a los dos litigantes les convenía satisfacer la convicción del juzgador, esto lo fundamentan en G.IV, pr.16. (9).

7. Lessona Carlos. Ob. cit; p. 122-124.

8. Micheli Gian A. Op. cit; p. 15-16.

9. Lessona Carlos. Op. cit; p. 121.

-3- En las legis acciones, los adversarios estaban en una igualdad jurídica procesal, por lo que el peso de la prueba les era indistinto. (10).

-4- El sistema utilizado para las acciones de la ley, era abierto, pues el juzgador era un ente privado al cual se le daba bastante libertad para apreciar no solo las pruebas, sino también, las cualidades morales o de cualquier otra índole de los contendientes. El paradigma es la anécdota de Aulio Gelio, en virtud de la cual se denota la amplia facultad del juzgador, pues se le ofrecían diversas propuestas, ante la carencia de pruebas, ante las cuales prefirió el non liquet. (11).

B). En el procedimiento formulario.

El ordenamiento jurídico para el sistema formulario, era libre, ya que el tribunal tenía bajo sus atribuciones, el imponer el gravamen de las probanzas, según lo que le pareciera a su entender, o equidad, no obstante que existían lineamientos legales al respecto. (12).

En vista de lo anterior, Pina, sostiene que en el período clásico, no es adecuado el discurrir la noción de la necesidad probatoria, pues las reglas respectivas al tópico, estaban carentes de fuerza, siendo más bien una serie de consejos, para hacerle llevadera su función, los cuales eran producto de la jurisprudencia y de la retórica, así como del conocimiento empírico resultante de la práctica forense. (13). Se considera que el pensamiento de este autor, es inexacto, ya que, si existe la *necessitas probandi*, empero se ignoraba a quién le correspondía, según el criterio particular del juzgador, luego entonces no es sino hasta el momento de conclusión en la que se despejaba dicha incógnita, lo lamentable era que en ese lapso ya era obsoleto el dato cognoscitivo, sin embargo los litigantes a pesar de todo tenían una pauta de especulación, consistente en la costumbre que se transformó en la ley opcional para el órgano arbitral.

Dada la trascendencia de las máximas concernientes a la distribución de la *onus probandi*, en el proceso por fórmulas, a continuación se exponen :

\* Principios generales :

-1- Según Paulo, la prueba grava al que afirma, no al que niega. D.22.3.2.

-2- Según Marciano, La necesidad de probar le atañe al demandante. D.22.3.21.

-3- Según Ulpiano, el sujeto pasivo en las excepciones le corresponde la demostración. D.44.1.1.

10. Domínguez del Río Alfredo. "Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 1977. p. 168.

11. Micheli Gian A. Op. cit: p. 15-19.

12. *Ibidem*, p. 17-18.

13. Pina Rafael de. "Tratado de las Pruebas Civiles." México, Ed. Porrúa S.A., 2ª, edición, 1975, p. 87.

\* Reglas particulares :

-1- Para acciones divisorias.

Atendiendo al tenor de que el actor tiene la carga de la prueba, en los juicios divisorios, en los que propiamente hablando, ambos adversarios conjugan los papeles activo y pasivo, debe entenderse por demandante al primer ocurrente. D.10.1.10 y D.10.3.2.1.

-2- En impedimentos extraordinarios.

Cuando un litigante sostenga que x norma veda alguna cuestión referente al contrincante, aquél lo ha de acreditar. D.22.3.5.

-3- En cuestiones de libertad.

Tiene el gravamen probatorio el sujeto que asevere su autonomía o independencia. D.22.3.8.

-4- En caso de rebeldía.

El rebelde que previamente hubiera prometido, su comparecencia a juicio, y a la postre no lo hiciera so pretexto de alguna circunstancia mediante la cual intentara justificarse, entonces a él mismo le compete la demostración de dichas cuestiones. D. 22. 3. 19. 2.

-5- En litigios de parentesco.

Cuando exista incertidumbre, concerniente a lazos familiares o de gentilidad, la acreditación le toca al que asegure la relación de consanguinidad o equivalente. D. 22. 3. 1.

-6- Para fideicomiso tácito.

Cuando la controversia radique en un fideicomiso tácito, y existan dos testamentos en los cuales es heredero indistintamente el fiduciario, el demandado está gravado para demostrar que la voluntad del de cuius en el último testamento fue diversa a la primera. D. 22. 3. 3.

-7- En compraventa de esclavo.

El adquirente tiene el peso probatorio, cuando argumente que el objeto del contrato, no estaba en poder del vendedor, al momento anterior de la celebración del acto jurídico. D. 22. 3. 4.

-8- Para pago de lo indebido.

Existen tres supuestos en torno a esta situación, y a efecto de explicarlos esquemáticamente, sirva de referencia lo siguiente : actor = (A), demandado = (D), y el pago (X).

a). (A) aduce haber pagado indebidamente a (D), pero (D) niega haber recibido (X), luego (A) demuestra (X), entonces (D) tiene el peso de acreditar que la deuda es real.

b). (D) acepta (X) hecho por (A), pero agregando que el débito es legítimo, entonces opera una

presunción para (D), por ende (A) le es menester probar la inexistencia del adeudo. Empero en esta hipótesis el actor debe tener las características siguientes : 1. Mayor de edad, 2. Varón, 3. Padre de familia, 4. Diligente, 5. Que no sea agricultor, militar o inexperto en la materia, y 6. Que no acostumbre la sencillez.

c). Si (A) no reúne alguna de las condiciones antes enunciadas, entonces (D) tiene la carga de la prueba que el débito es auténtico, a pesar de haber confesado el pago [ desde luego agregando la certeza de la deuda]. D. 22. 3. 25

C). En el proceso extraordinario.

En la cognición oficial, el tribunal por su carácter estatal tiene como deber indefectible resolver las controversias que se susciten, el non liquet, desaparece en definitiva, excepcionalmente puede el órgano jurisdiccional abstenerse de juzgar, pero en este caso el asunto se remite al superior, para que lo falle incluíblemente. (14).

Por medio de las pruebas en muchas ocasiones se logra conocer el estado de la situación fáctica pero si el juzgador al valorar las pruebas se encuentra con que el resultado es negativo, entonces tiene la oportunidad, según lo considere pertinente, de recurrir al juramento, o si lo prefiere utilizar las reglas de la onus probandi. D. 22. 5. 3. 2., y C. 4. 1. 3.

En este período de la vida procesal romana, el ordenamiento jurídico es cerrado por lo que se refiere a las disposiciones del gravamen probatorio, el tribunal sin mayor esfuerzo debe aplicar los efectos del instituto antes aludido, a quién hubiera faltado a su cometido. (15).

En el proceso extraordinario, existieron los siguientes principios :

#### -1- Generales

a. La carga de la prueba le corresponde al que se manifiesta con asertos, excluyendo al que se limita a la negativa. (16).

b. El litigante que quiera obtener beneficio de algún suceso, tiene la necesidad de acreditarlo.

c. Todo acontecimiento constitutivo, extintivo o modificativo, le es menester probarlo a quién desee fundamentar su posición jurídica en el mismo. (17).

14. Alamiro de Avila Martel. "Derecho Romano." Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2ª. edición. 1994, p. 229.

15. Micheli Gian A. Ob. cit; p. 23.

16. Carames Ferro José M. "Instituciones de Derecho Privado Romano." Buenos Aires, Ed. Perrot, volumen I, 1963, p. 409.

17. Cuenca Humberto. "Proceso Civil Romano." Buenos Aires, Ed. EJE, 1957, p. 146-147.

-2- Especifico, el cual regula la cuestión de la reivindicación, y consiste en que el actor en caso de no acreditar la propiedad, entonces el demandado para devenir en dueño de la cosa, ha de probar que derecho le asiste para ejercer la posesión, y para lograr la pertenencia, previamente debió utilizar la reconvencción. (18). Este precepto es de Constantino del año 325, siendo incierta su vigencia territorial, ya que se ignora si era general o aplicable tan solo en las provincias. A pesar de su alto valor intrínseco, Justiniano se abstuvo de incorporarlo al Corpus Iuris. (19).

D. Teorías acerca de la interpretación y eficacia de los principios relativos al reparto de la onus probandi.

a). La máxima "actori incumbit probatio."

-1- el significado de este aforismo consiste en que el actor para conseguir su objetivo, le es menester acreditar los hechos que sustenten a la acción ejercitada. (20).

-2- Según Baere, el sentido de esta regla, es que al actor se le impone la necesidad de probar no solo los hechos constitutivos de su acción, sino también incluso los extintivos o impeditivos que giren en torno del vínculo jurídico. (21).

-3- Según los especialistas modernos, al texto se le da una explicación lato sensu, lo que es incorrecto pues se ha demostrado que únicamente al actor se le asigna el peso de la prueba de la intentio. [Carga primaria], ya que la letra de la ley estaba tergiversada. (22).

-4- Según Moreno Cora, el derecho romano no respalda la idea en virtud de la cual se sostiene que el sujeto activo siempre le atañe la prueba, ya que el vocablo : actor, para este caso su acepción es el sujeto que trata de innovar una situación. (23).

-5- Esta noción tiene valimiento para la generalidad de casos, empero existen excepciones, que evidencian su deficiencia, actor en este supuesto es el sujeto que inicialmente excita al tribunal para que desarrolle su función. (24).

-6- Según Scialoja, esta pauta, lo que indica es que aquel que tenga interés en obtener algo, le es indispensable probar los hechos en los que se basa la posición jurídica argüida, ya pretendien-

18. Scialoja Vittorio. "Procedimiento Civil Romano." Buenos Aires Ed. EJEA, 1954, p. 391-392.

19. Micheli Gian A. Ob. cit: p. 20.

20. Margadant S. Guillermo F. "El Derecho Privado Romano." México, Ed. Esfinge, 18ª, edición, 1992, p. 168.

21. Baere Aldo. Op. cit: p. 93.

22. Micheli Gian A. Ob. cit: p. 17.

23. Moreno Cora S. "Tratado de Pruebas Judiciales en Materia Civil y en Materia Penal." México, Ed. Carrillos Hnos., 1983, p. 93.

24. Eisner Isidoro. "La Prueba en el Proceso Civil." Buenos Aires, Ed. Abeledot-Perrot, 2ª, edición, 1992, p. 74.

do, o ya mediante la contrapretensión. Agrega que este criterio es inexacto pues en ocasiones, por la naturaleza del asunto el que tiene la necesidad de convencer es el reo. (25)

-7- Según Alsina, esta directriz es inadecuada, pues no toma en cuenta la inversión de la onus probandi, producida por la injerencia de alguna presunción a favor del demandante. (26).

b). El principio "reus in exceptione actor est."

-1- Una vez demostrada la tesis del sujeto activo, ante la cual el demandado esgrime alguna defensa o excepción en estricto sentido, no le queda a este último sino convencer al juzgador con hechos patentes que descarten aquella. (27).

-2- Esta regla tiene aplicación cuando el reo opone una defensa positiva, lo cual consiste en que se presente a la litis un suceso que extinga el derecho del demandante [ que ya ha sido probado] o bien, se contraponga una facultad que merme total o parcialmente a la del adversario. En vista de lo cual estos extremos ya fácticos o ya jurídicos, han de ser cubiertos por el demandado. (28)

-3- El sujeto pasivo tiene que demostrar los acontecimientos que le dan vida a su refutación, para lograr el éxito. Ejemplo : en un comodato aceptado por ambas partes, pero sosteniendo el reo que ha devuelto la cosa, esto último es lo que ha menester acreditarse. (29).

-4- Este linamiento equivale a que el demandado le atañe la probanza, es una situación de igualdad en el peligro procesal, con la divergencia que se refiere a la excepción, en tanto, el aforismo que grava al actor es relacionado a la acción. (30).

-5- En la ordinaria iudicia, se entendía por exceptio la defensa basada en situaciones fácticas sin valor para el ius civile, y sin apoyo en el derecho honorario, por ende para ser incorporadas a la fórmula forzosamente el reo tenía que manifestarlos afirmativamente. Ante ello el iudex al tener un esquema provisto de intentio y exceptio, primero debía corroborar la pretensión, de resultar cierta, entonces pasaría a comprobar la última figura procesal. (31).

-6- Ante la carga de la afirmación, Eisner, critica a esta máxima pues la onus probandi, no depende del papel que se tenga en el proceso, sino de las expresiones asertivas. (32).

25. Scialoja Vittorio. Ob. cit; p. 391-392.

26. Alsina Hugo. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial." Buenos Aires. Ed. EJIAR, 2ª, edición, volumen III, 1961, p. 255.

27. Pina Rafael de. Op. cit; p. 94-95.

28. Mateos Alarcón Manuel. "Estudios sobre las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal." México, Ed. Cardenas, 1971, p. 3-4.

29. Scialoja Vittorio. Ob. cit; p. 392.

30. Margadant S. Guillermo F. Op. cit; p. 168.

31. Micheli Gian A. Ob. cit; p. 17.

32. Eisner Isidoro. Op. cit; p. 74.

-7- La directriz enunciada con antelación es deficiente, en virtud de que en ocasiones, la excepción es objeto de presunción, por lo que el gravado es el actor. (33).

-8- Santo considera que es inadecuado asimilar como actor al reo, ya que este último no está ejercitando pretensión alguna ( lo que exclusivamente realiza en la reconvencción ), además esta noción obsta con el concepto de excepción moderno, el cual consiste en una defensa específica frente a la pretensión del actor. Asimismo es adverso a la pureza del léxico procesal, el manejo del vocablo actor de modo que abarque un concepto divergente, pues tiende a confundir. (34).

c). El principio "incumbit probatio qui dicit, non qui negat."

-1- Según Bethmann-Holwegg, esta máxima es efectiva, pero se debe interpretar de acuerdo a lo siguiente : a. Las aseveraciones de ambas partes, no son los hechos per se, sino el vínculo de derecho ocasionado por aquellos, por eso el que introduzca una facultad a su favor, debe dar la probanza del mismo, aunque entre sus componentes exista una negativa; b. Aquel que sostenga una aserción lo que debe probar son los elementos esenciales para que tenga nacimiento el derecho, por ende las mutaciones que pudo haber sufrido, corren a cargo del que las invoque en su beneficio, y c. Propiamente el actor debería probar, no solo la aparición de su derecho, sino que su existencia no ha sido interrumpida por causa de cualesquiera índole. Pero eso es quimérico, de lo que es natural, entonces presuponerlo. (35).

-2- Fitting estima que la teoría antes enunciada, es unilateral, reservada al derecho privado, que es contradictorio que por una parte exija la demostración de las condiciones fácticas indispensables para el surgimiento facultativo, en las cuales ha de incluirse la ausencia de x supuesto negativo para la subsistencia del derecho, y por otra se le releve de dicha prueba. Asimismo el objeto de la prueba no son las relaciones jurídicas, sino los hechos, pues las consecuencias establecidas en la norma se dan siempre que los sucesos queden inmersos en la hipótesis legal, a los litigantes les toca informar de los acontecimientos que conforman la contienda, y al juez le es concerniente tan solo aplicar el derecho que corresponda (el cual es de su conocimiento). A su vez interpreta el aforismo en análisis, diciendo que solo algunas afirmaciones les es indispensable la prueba, atento a la ley de la causalidad, ya que cualquier cambio es por operar alguna

33. Alsina Hugo. Op. cit; p. 255-256.

34. Santo Victor de. Ob. cit; p. 280.

35. Lessona Carlos. Op. cit; p. 124-125.



causa. por eso la preexistencia de un estado de cosas esta fuera de la duda, luego aquel que obste a la continuación del status, le incumbe el peso probatorio, poniendo de paradigma algunas cuestiones jurídicas romanas, como la del hijo que sostenga su emancipación, ya que lo normal en aquellos tiempos era la subsistencia de la patria potestad durante toda la vida del padre o del abuelo (D. 22. 3. 8.) y en la *condictio indebiti*, se obliga regularmente al actor a probar el hecho negativo : que no debía, pues lo cotidiano es que se pague lo que se debe. (36).

-3- Los glosadores entendieron que al tenor de este lineamiento, la negativa del sujeto pasivo era suficiente para imponer al adversario la carga de la prueba, lo cual es una falsa interpretación del principio romano en opinión de la doctrina contemporánea, ya que la negación para lograr este efecto debe tener carácter absoluto, acorde a la regla romana consistente en que la prueba concerniente a una negativa es carente de valor dada la naturaleza propia de aquella. En tanto la relativa le impone al mismo reo el peso de la prueba, ya que tan solo es una confesión calificada, en la cual lo que se niega es la forma o los efectos jurídicos. (37).

-4- Algunos autores consideran la norma "negativa sunt probanda" : no hay necesidad de probar hechos negativos, como de origen romano, lo cual es indebido, pues su procedencia data de la Edad Media. (38).

-5- A efecto de precisar el alcance de la exención de probar la negativa, hay que ponderar las clases existentes de esta, y que pueden ser de facto, de ius y de cualidad. Ahora bien si la negación es de derecho incumbe al que la haya manifestado, ya que puede darla indirectamente, si es de cualidad (ordinaria) en igual modo que la anterior, en cambio si aquella es indefinida, es decir que no precise circunstancia alguna y recaiga sobre los hechos de la contienda, entonces, el que la sostenga esta libre de carga, pues es imposible la probanza al respecto. (39).

-6- La regla citada con antelación es deficiente pues existen casos en que el afirmante esta relevado de la prueba por tener una presunción *iuris tantum*, a su favor, entonces a pesar de la negativa del adversario, el que tiene el peso, en este supuesto de la contraprueba es el que ejerce la defensa pasiva. (40).

36. *Ibidem*, p. 125-127.

37. Mateos Alarcón Manuel. *Op. cit.*; p. 3-4.

38. Margadant S. Guillermo F. *Ob. cit.*; p. 168.

39. Moreno Cora S. *Op. cit.*; p. 89-93.

40. Eisner Isidoro. *Ob. cit.*; p. 74-75.

-7- El aforismo aludido anteriormente, es imperfecto, pues algunas negativas se pueden probar por medio de algún hecho positivo. Verbigracia : en la acción por desconocimiento de paternidad, en la que se alegue imposibilidad de coito, por no estar en ese tiempo con la cónyuge, entonces se puede acreditar que se estuvo en x lugar bastante lejano, como para tener relaciones. (41).

-8- En la máxima de referencia, se pasa al objeto de la prueba, descartando la condición procesal de los litigantes, debe reconocerse que sirve para solucionar bastantes asuntos, empero en ocasiones conduce a conclusiones erróneas, además una expresión en sentido asertivo o negativo, puede ser simple cuestión de redacción, por eso es ilógico distribuir la onus probandi con esta fórmula. (42).

Cabe advertir que en algunas de las teorías antes reseñadas, se interpreta y se critica parcialmente a cada principio expuesto, lo que puede originar apreciaciones indebidas acerca del derecho romano, en lo que atañe al tópico en análisis, por eso a continuación se expone un estudio integral, para tener una visión correcta del tema :

La regla que impone al demandante el peso probatorio, se debe complementar, con aquella que considera al sujeto pasivo como actor en las excepciones, de lo cual surge que éste vocablo, se debe interpretar de modo extensivo, para que abarque a los dos sujetos procesales subalternos, esto origina que el efecto derivado del incumplimiento de la carga probatoria consistente en que no probando el sujeto activo debe absolverse al reo, es también aplicable pero a la inversa al reo. Por lo tanto cada litigante le es menester acreditar el fundamento de su interés perseguido, asimismo se debe añadir a las normas anteriores, aquella que hace indispensable la prueba de las afirmaciones, pero que en stricto sensu, impone también la demostración de las negaciones calificadas, es decir, aquellas que implícitamente contienen algún dato positivo, por ende para que la negativa sea eximida de prueba, debe ser absoluta ( carente de circunstancias ). Por ello la comprobación, no se limita a la acción y excepción, sino que es procedente para la replica, duplica, triplica, y en general cualquier objeción que sostengan los contendientes. D, 22. 3. 2., D. 44. 1. 1., D.44.1.2. , y D.44.1.2. 1-3.

A pesar de la conjugación de las máximas antes examinadas, no carecen de insuficiencias, ya que algunos casos no están comprendidos, frente a lo que se puede criticar que no toman en

41. Alsina Hugo. Op. cit; p. 255.

42. Bacre Aldo. Ob. cit; p. 43-44.

cuenta las presunciones relativas, otro supuesto es que la posición procesal de las partes, no sirve para regular exactamente la necesidad de la prueba en los incidentes, por ejemplo en uno que versa sobre reposición de autos por caso fortuito, en el cual el interés demostrativo sea reciproco, aunado a que lo puede promover uno u otro y en él, no es pertinente hablar de actio y exceptio propiamente, sino de efecto jurídico perseguido, para este caso es más útil la regla de las aserciones, empero es bastante endeble porque omite precisar que la afirmación indefinida, es imposible acreditarla; este criterio da pauta a que en la medida de su voluntad cada una de las partes, con artificios narrativos eluda la prueba, ya que es fácil cambiar la estructura de una frase, de un término positivo al contrario y viceversa. Sirva de paradigma lo siguiente : si el reo dice no soy esclavo, puede aseverar en equivalencia soy libre, también se puede decir x esta muerto, en el polo opuesto se mencionaría, x no tiene vida. Por eso los romanos regularon en especial, algunos casos, para evitar consecuencias desafortunadas. (43).

### 3. Inversión de la onus probandi.

Se entiende por inversión del peso de la prueba, todos aquellos supuestos que descartan los principios generales para la distribución del gravamen probatorio, provocando que se apliquen en sentido opuesto. [ alrevez ].

Enseguida se explica los elementos que conforman la noción propuesta :

a). Dada la naturaleza sui generis, de algunos casos, no es adecuado utilizar la normatividad cotidiana, porque resultaría la iniquidad, por ejemplo en el pago de lo indebido, lo normal es que el actor acredite que no debía, pero en atención a la ignorancia de algunas personas como los menores, entonces, se grava al demandado para que pruebe que es efectivo el débito. D. 22. 3. 25.

b). En la inversión el lineamiento tradicional sufre una excepción o salvedad, ya que en virtud de esta figura procesal, se trastoca su contenido, de lo cual surge, para el asunto en particular, que la regla es cambiada, en un giro de 360°, sirva de paradigma lo siguiente :

-1- En el aforismo que impone al actor, la necesidad probatoria, al sufrir mutación, el sujeto gravado sería el reo.

-2- En la directriz que impele a probar las excepciones al demandado, la consecuencia derivada por la injerencia del instituto de referencia, sería que al actor le incumbe probar lo contrario a

43. Santo Victor de. Ob. cit; p. 278-283.

la exceptio.

-3- En el canon que determina la necesidad de probar al que aduzca aserciones, al operar la inversión gravaria al que sostuviera alguna negativa.

Los supuestos jurídicos romanos que invertían la onus probandi son los siguientes :

A. La exceptio pecuniariae non numeratae, (44). el antecedente es que con base a un escrito o una estipulación, se le exige la devolución de cierto dinero al reo, ante lo cual, él opone la defensa de que el caudal no había sido contado; de acuerdo al principio de que el sujeto pasivo en las excepciones es actor, le incumbe el peso de la prueba, sin embargo, dado que este tipo de cuestiones en Roma provocaron un sinnúmero de fraudes, entonces se le gravó al demandante para que acreditara la numeración del capital. Lo cual implica una dispensa de prueba para el demandado. (45).

B. Tiene la carga de la prueba el que niega la validez de una emancipación. D. 22. 3. 5. 1.

C. De igual forma el hijo que negase estar bajo la potestad paterna, ya que la ley considera que esta implícitamente la aserción de que es libre. D. 22. 3. 8.

D. En la condictio indebiti, se compele al que pago para que acredite que no debía, salvo algunas excepciones. D. 22. 3. 25.

E. Siempre que exista una presunción iuris tantum, su función es precisamente transponer la onus probandi, ya que el sujeto que la tenga a su favor, tiene por demostrado el acontecimiento que se comprende en ella, lo cual genera la necesidad para el oponente, de presentar una contra-prueba. (46).

44. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit: p. 169.

45. Moreno Cora S. Op. cit: p. 92.

46. Micheli Gian Antonio. Ob. cit: p. 22.

#### 4. Poderes del juzgador para allegarse pruebas.

Las atribuciones del tribunal para recabar y aportar elementos probatorios al proceso, es variable en el devenir histórico procesal romano, para lo cual es menester analizar, en dos períodos dicha materia :

A). En el *ordo iudiciorum privatorum*, dado que imperaba el principio dispositivo, consistente en que solo las partes están legitimadas para darle marcha al juicio, entonces el juzgador tenía un coto para incorporar probanzas que no fueran ofrecidas y rendidas por los litigantes. (47).

B). En la *cognitio oficial*, el Estado se preocupa por administrar justicia, de un modo en el cual, sea la razón la que regule las controversias, excluyendo las cualidades de los contendientes, para eludirla, tal como la sabiduría, habilidad, riqueza, etcétera. (48).

Para lograr este propósito se utiliza el lineamiento inquisitivo, mediante el cual el juez tiene un poder amplio para investigar, y no solo corroborar como en los sistemas anteriores, con lo que el conocimiento le era suministrado, ahora, el mismo se lo procura con independencia de que algún sujeto procesal subordinado, le oferte x medio probatorio, por lo tanto al rendir estos elementos per se, se dice, que son llevados al pleito "*ex officio iudicis*", y podían ser, por citar algunos, la experticia, las interrogaciones -sin limitación del derecho clásico-. (C.3.1.9.), y el juramento, ya sea en la modalidad de supletorio (C.4.1.3.) o decisorio. (49).

47. Ors Alvaro de. "Derecho Privado Romano." Pamplona, Ed. Universidad de Navarra S.A., 8ª, edición, 1991, p. 148-149.

48. Cuenca Humberto. Op. cit: p. 123.

49. Arias Ramos J. Y J.A. Arias Bonet. "Derecho Romano I." Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 17ª, edición, 1984, p. 21.

Cuadro sinóptico de la onus probandi en el derecho romano.

Carga de la prueba.	Sistemas	<ul style="list-style-type: none"><li>a. En las legis acciones ⇒ abierto.</li><li>b. En la ordinaria iudicia ⇒ libre.</li><li>c. En la cognitio extraordinem ⇒ cerrado.</li></ul>
	Principios	<ul style="list-style-type: none"><li>a. En las acciones de la ley ⇒ ajuridicidad.</li><li>b. Sistema formulario<ul style="list-style-type: none"><li>- actori incumbit probatio.</li><li>- reus in exceptiones actor est.</li><li>- actore non probante reus absolvitur.</li><li>- ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.</li></ul></li><li>c. Proccso extraordinario<ul style="list-style-type: none"><li>affirmanti non neganti incumbit probatio.</li></ul></li></ul>
	Sistemas de incorporación de medios probatorios.	<ul style="list-style-type: none"><li>1. Dispositivo. (ordo iudiciorum).</li><li>2. Inquisitivo (extraordinem).</li></ul>

## SEGUNDA PARTE : LAS PRUEBAS EN EL DERECHO ADJETIVO DEL DISTRITO FEDERAL.

### I. LAS VIAS PROCESALES EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

#### 1. Generalidades.

El hombre ante sus necesidades se relaciona con sus semejantes para obtener lo que le haga falta, sin embargo para satisfacer su pretensión, se presentan dos caminos opuestos : la civilidad o la ilicitud. Si el sujeto opta por el primer supuesto, no existe problema de momento, ( pues otro podrá resistir a la pretensión ) y si se decide por el segundo puede devenir el litigio, al encontrar oposición justa, por lo tanto el antecedente del conflicto es la pretensión, aunque no todas las veces se concluya en litis, ya que si el solicitante obtiene lo que pide, habrá tranquilidad, empero, no siempre es así, pues " no todos los obligados satisfacen una pretensión legitima, ni todos los que pretenden sin derecho desisten de su exigencia y es entonces cuando surge el conflicto de intereses." (1).

Desde el momento en que los hombres no se ponen de acuerdo entre ellos nace el litigio, pues se tiene que uno pretende y el otro en vez de tolerarlo, se opond. Esto implica una injusticia, pues es imposible que ambos contendientes tengan razón, o uno es justo y el otro no, o bien ambos son parcialmente justos. Al existir esta litis surge la necesidad del proceso para lograr el orden y la paz social, eliminando el óbice : el litigio. (2).

Ahora bien ante la existencia de la disputa, el pretensor debe acudir a los órganos jurisdiccionales competentes, para que decidan lo que corresponda. (3).

Ya que por regla general, salvo los casos en que se permita lo contrario, ( verbigracia : el corte de ramas del vecino, que se extiendan en otra finca. Artículo 848 CCDF. ), la autotutela esta proscrita. "La vindicta privada ya pertenece al pasado." (4).

Al Estado le corresponde institucionalmente ( artículo 17 párrafo segundo de la Ley Fundamental ) asegurar la actuación del derecho objetivo en los casos de inobservancia, entonces el juzga-

1. Torres Díaz, Luis G. "Teoría General del Proceso." México, Ed. Cárdenas, 1987, p. 9-10.
2. Carnelutti, Francesco. "Cómo se hace un Proceso." México, Ed. Colofón S.A., 1989, p. 25-26.
3. Burgoa Ignacio. "Las Garantías Individuales." México, Ed. Porrúa S.A., 22ª, edición, 1989, p. 630.
4. Arellano García Carlos. "Teoría General del Proceso." México, Ed. Porrúa S.A., 3ª, edición, 1989, p. 66.

dor ha de poner en praxis los remedios previstos por el legislador, para lograr la eficacia de aquél. (5).

Dichas soluciones son lo que se conoce como procesos, siendo conceptualizados como un conjunto de actos concatenados entre si y cuya finalidad es dilucidar una controversia. (6).

Cada proceso es un modo especial para resolver conflictos según lo establezca el legislador, para cada pleito que tenga determinadas características; a esto se alude con la expresión : vías procesales. (7).

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece las siguientes vías procesales :

- 1. Juicio ordinario.
- 2. Juicio ejecutivo.
- 3. Juicio hipotecario.
- 4. Vía de apremio.
- 5. Juicio arbitral.
- 6. Juicios en rebeldía.
- 7. Tercerías.
- 8. Divorcio por mutuo consentimiento.
- 9. Concursos.
- 10. Juicios sucesorios.
- 11. Jurisdicción voluntaria.
- 12. De las controversias del orden familiar.
- 13. De las controversias en materia de arrendamiento inmobiliario.
- 14. De las controversias en materia de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación.
- 15. De la justicia de paz.

Cabe advertir que de la lista enunciada, algunos procedimientos, dada su naturaleza, no son

5. Micheli Gian Antonio. "Curso de Derecho Procesal Civil." Buenos Aires. Ed. EJE, vol. I, 1970, p. 3-4.
6. Couture Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil." Buenos Aires. Ed. Depalma, 3ª edición, 1993, p. 121-122.
7. Hernández López Aarón. "El Procedimiento Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 3ª edición, 1995, p. 233.



verdaderos procesos jurisdiccionales, por ejemplo la jurisdicción voluntaria.

Por otra parte el promovente que acuda a tribunales ha de escoger la vía procesal idónea para su asunto, de lo contrario será desechada su promoción.

## 2. El juicio ordinario civil.

### A. Concepto.

El juicio ordinario civil, es el aplicable a las controversias, no previstas por algún proceso en especial. (8).

El juicio ordinario es genérico ya que abarca todos y cada uno de los peticos, que no tienen asignado en particular un tipo de procedimiento. ( Artículo 55 CPCDF ).

### B. Eficacia.

- En el tiempo; el juicio ordinario ha estado vigente desde el primero de octubre de 1932, hasta la fecha actual. ( Artículo 1 transitorio del CPCDF ).

- En el espacio; el juicio de referencia es aplicable en todo el Distrito Federal.

### C. Características generales.

a). Es un proceso escrito, ya que la mayoría de las actuaciones, son vía instrumental. ( Artículo 56 CPCDF ).

b). Es un procedimiento público, pues el órgano decisivo es la autoridad estatal. ( Artículo 17 Constitucional ).

c). Es un proceso publicista, ya que se faculta al juzgador para practicar pruebas para mejor proveer. ( Artículos 278 y 279 del CPCDF ).

d). Es un litigio preclusivo, pues contiene variedad de etapas y opera el principio de preclusión. Artículo 133 CPCDF.

e). Es un sistema biinstancial, ya que existe la apelación. Artículo 688 CPCDF.

f). Es un juicio declarativo, pues su objetivo es la resolución de controversias. Artículos 1 y 255 del CPCDF.

g). Es una controversia gratuita. Artículo 138 CPCDF.

8. Arellano García Carlos. Ob. cit; p. 25-26.

#### D. Etapas procesales del juicio ordinario civil.

El juicio ordinario civil es susceptible de dividirse según las peculiaridades de sus diversos acontecimientos, en las siguientes etapas : a. postulatoria, b. probatoria, c. alegatos, y d. conclusiva o resolutive.

A continuación se explica cada una de ellas :

a. Postulatoria, expositiva o polémica, es aquella en que las partes aducen los hechos y el derecho que estiman a su favor correlativos al litigio; por lo cual establecen los límites de éste, ya por la pretensión, ya por la resistencia.

b. Probatoria, es aquella en que las partes han de acreditar la veracidad de los hechos - en su caso el derecho - sostenidos por cada uno de ellos, como generadores de sus pretensiones o resistencias, según les corresponda atendiendo a las reglas de la onus probandi. (9).

c. Alegatos, es aquella en que las partes presentan los argumentos o razones, según los cuales su posición es la justa. (10).

d. Resolutive, es aquella en la que el juzgador decide la controversia en cuanto al fondo. (11).

#### E. Instrumentación del juicio ordinario civil.

El juicio ordinario a grosso modo se tramita del modo siguiente : se inicia con la presentación de la demanda ( con sus anexos de ley ) ante la oficialía de partes común - en día y hora hábil - a los juzgados de la rama respectiva, para que se turne al juzgado que corresponda. ( Artículo 65 CPCDF ). Una vez ante el juez designado por turno, éste analizará el curso en cuanto a la forma, y si reúne los requisitos legales ha de dictar auto de admisión, ordenando el emplazamiento del demandado para que conteste dentro de nueve días. ( Artículo 256 CPCDF ). Dicha notificación ha de ser personal, y se practica por un actuario del juzgado, en el domicilio del demandado, al cual ha de entregarle la cédula de notificación y las copias de traslado, o en su caso, estas son entregadas a las personas legitimadas para ello. ( Artículo 116 CPCDF ). Una vez emplazado el demandado, tiene la carga de contestar la demanda en el término de ley, y en su caso concomitantemente ha de presentar la reconvencción. ( Artículo 260 CPCDF ). Y de ser así,

9. Arellano García Carlos. "Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 2ª. edición, 1987, p. 86.

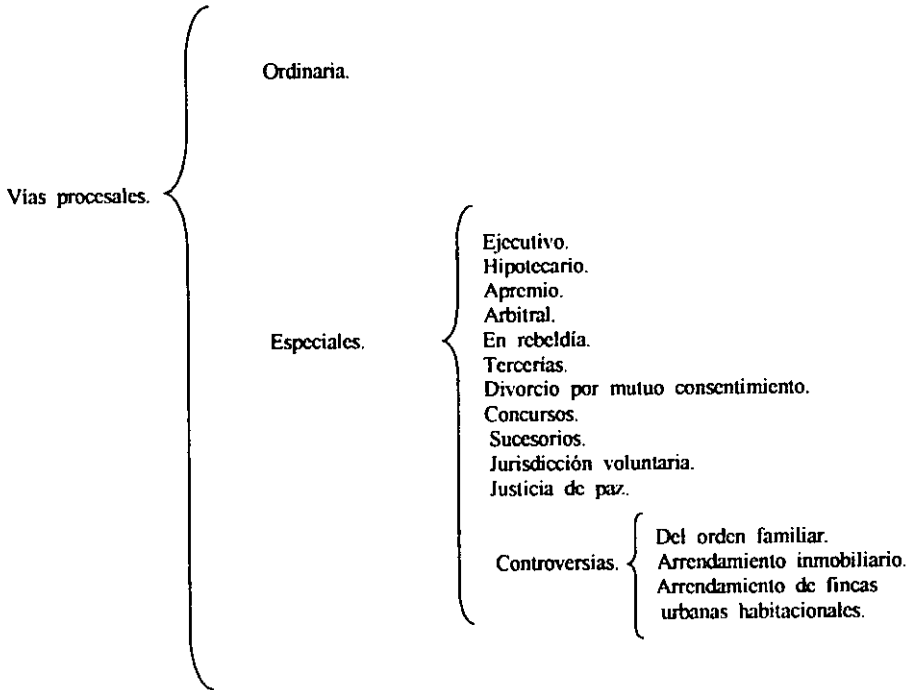
10. Falcón Enrique y Jorge Rojas. "Cómo se hace un Alegato." Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994, p. 8-9.

11. Arellano García Carlos. Ob. cit; p. 86.

se le da vista al actor para que conteste la contrademanda en seis días. ( Artículo 272 CPCDF ). Una vez transcurrido el término el juez señalará fecha y hora para una audiencia previa y de conciliación, en esta se tratará de que los interesados lleguen a un acuerdo. ( Artículo 272-A CPCDF ). De no lograr el convenio a solicitud de las partes o si el juez lo estima necesario mandará la apertura del periodo probatorio, salvo que las cuestiones controvertidas fueren exclusivamente jurídicas, pues entonces se citará a audiencia de alegatos únicamente. ( Artículo 276 y 277 CPCDF ). Ya estando en el momento probatorio se han de ofrecer las pruebas por cada litigante, según indique la carga de la prueba en un término de diez días comunes. ( Artículos 281, 282 y 290 del CPCDF ). Al día siguiente al que concluya este lapso, el juez debe dictar auto admisorio de pruebas o en su caso, indicando cuales desecha, procediendo a señalar - en el mismo - fecha y hora para celebrar audiencia de recepción de pruebas y alegatos. ( Artículo 299 CPCDF ). La audiencia se verificará concurran o no las partes, y estén o no los testigos, peritos y abogados. ( Artículo 387 CPCDF ).

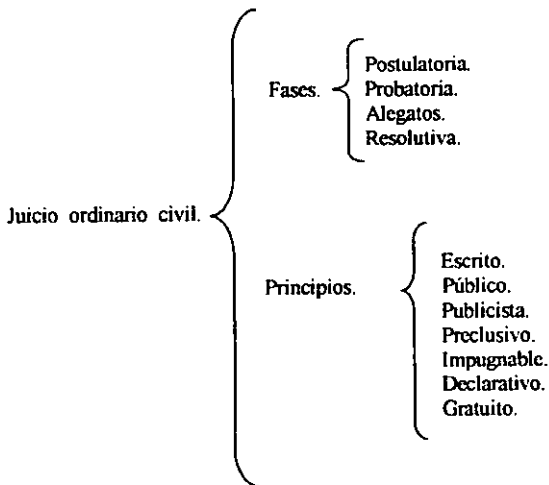
Una vez concluida la audiencia se ha de citar para oír sentencia, la cual debe pronunciarse en un término de 15 días a partir del día siguiente de la citación, salvo el caso de que existan documentos voluminosos, y entonces se disfrutará de 8 días más. ( Artículo 87 CPCDF ).

Cuadro sinóptico de las vías procesales.



\*Nota : algunos de los trámites enunciados no son verdaderos procesos jurisdiccionales.

Cuadro sinóptico del juicio ordinario civil.



## II. LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

### 1. Concepto.

La prueba es el conjunto de actos jurídicos procesales tendientes a formar la convicción del juez acerca de la verdad o falsedad de determinados hechos controvertidos. (1). Artículo 289 CPCDF.

Cabe aclarar que el vocablo "prueba" es multívoco, y entre sus distintos contenidos, se tiene lo siguiente :

- a). Se identifica con los medios probatorios, es decir con los instrumentos que sirven para conocer algún hecho. (2).
- b). La acción de probar, que es la confrontación de la versión de cada parte con los medios acrediticios desahogados en su oportunidad. (3).
- c). El resultado que opera en la convicción del juzgador, si existe certeza o no en la situación fáctica controvertida. (4).

Ahora bien la prueba es una necesidad en la vida jurídica, - un proceso no se puede hacer sin pruebas - (5). El juzgador conoce los hechos por las aseveraciones de las partes, pero cuando las versiones son distintas está el juez ante una problemática, o el actor dice la verdad, o el demandado, o bien es inexacto el planteamiento de ambos litigantes. (6).

Luego entonces, "antes de sondear lo que debe ser, deberá constatar lo que es, o en su caso, lo que ha sido." (7).

Son tan importantes las pruebas que aquél, que tenga un derecho y por necesidad lo haga valer ante los tribunales, si carece de medios acrediticios sólo tendrá una sombra jurídica. La prueba es el punto fundamental del proceso, cuando los litigantes tienen divergencia en la situación fáctica. (8).

1. Torres Díaz Luis G. "Teoría General del Proceso." México, Ed. Cárdenas, 1987, p. 293.
2. Carnelutti Francesco. "Instituciones del Proceso Civil." Buenos Aires, Ed. EJE A, 5ª, edición, vol. I, 1973, p. 257.
3. Dellepiane Antonio. "Nueva Teoría de la Prueba." Bogotá, Ed. Temis, 9ª, edición, 1989, p. 9.
4. Pina Rafael de y Castillo Larrañaga. "Instituciones de Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 19ª, edición, 1990, p. 264.
5. Carnelutti Francesco. "Cómo se hace un Proceso." México, Ed. Colofón S.A., 1989, p. 53.
6. Alsina Hugo. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial." Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2ª, edición, vol. III, 1961, p. 223.
7. Döhring Erich. "La investigación del estado de los hechos en el Proceso." Buenos Aires, Ed. EJE A, 1986, p. 1.
8. Pina Rafael de. "Tratado de las Pruebas Civiles." México, Ed. Porrúa S.A., 2ª, edición, 1975, p. 28.

Ahora bien, la prueba se caracteriza ante todo en que procura un conocimiento, las pruebas son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un acontecimiento pasado. (9). Y se afirma probabilidad ya que el juzgador ha de utilizar su inteligencia para llegar a la verdad - formal - la cual es falible, aún teniendo todos los datos suficientes a su alcance. (10).

La norma procesal en vigor, por ello alude a medios que convenzan al juzgador acerca de los hechos dudosos, - artículo 289 CPCDF -, en contraposición al ambicioso artículo 278 de dicho ordenamiento, que indica : que para conocer la verdad.

## 2. Los medios probatorios en el Código adjetivo del Distrito Federal.

Por medios probatorios se entiende el conjunto de elementos de entendimiento aportados por las partes o recogidos por el juez a fin de determinar la existencia de ciertos hechos argüidos en el proceso. (11).

El ordenamiento procesal en vigor para el Distrito Federal cuenta con un sistema para los medios probatorios consistente en regular determinados medios de prueba y al mismo tiempo da pauta al uso de otros elementos no legislados, y que estarán sujetos a la libre recepción y apreciación del juzgador. (12). Artículo 289 CPCDF.

Ahora bien, en lo referente a las pruebas previstas por el Código antes enunciado, se tiene que establece las siguientes :

- 1. Confesión. ( Artículos 308 a 326 ).
- 2. Instrumental. ( Artículos 327 a 345 ).
- 3. Pericial. ( Artículos 346 a 353 ).
- 4. Inspección judicial. ( Artículos 354 a 355 ).
- 5. Testimonial. ( Artículos 356 a 372 ).
- 6. Fotografías, copias fotostáticas y demás elementos. ( Artículos 373 a 375 ).
- 7. Fama pública. ( Derogado ).
- 8. Presunciones. ( Artículos 379 a 383 ).

A continuación se explica en que consiste cada una de éstas pruebas :

9. Carnelutti Francesco. Ob. cit; p. 53.
10. E.V.C. Sociedad. "La Razón y la Fe." México, folleto número 21, p. 6.
11. Dellepiane Antonio. Op. cit; p. 7.
12. Arellano García Carlos. "Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 2ª, edición, 1989, p. 232.

## A. Confesión.

a). Desde el punto de vista formal, la confesión es la declaración que formula alguna de las partes, en el proceso, bajo protesta de decir verdad, a petición de la contraparte y respecto a las posiciones que el juez califique como legales. ( Artículos 308, 313 y 316 del CPCDF ).

b). Desde el punto de vista material, la confesión es aquella en la que alguna de las partes reconoce hechos propios en su perjuicio. (13).

De lo antes expuesto se desprende una enorme diferencia en la prueba confesional, desde el enfoque legal ( que puede ser reconocimiento expreso o tácito, así como lo contrario : la negación de los hechos ), en tanto que desde el ángulo substancial ha de ser siempre en el sentido de admitir hechos propios y en perjuicio del que la rinde, pues de no ser así, entonces no se tendrá probanza. (14).

Por otra parte la confesional es susceptible de clasificarse del modo siguiente :

- 1. Confesión judicial, es la realizada en el transcurso del proceso o ante el juez.
- 2. Confesión extrajudicial, es la practicada fuera de juicio o ante una persona o autoridad diferente a la jurisdiccional.
- 3. Confesión espontánea, es aquella vertida por alguna persona con ánimo emanado de sí misma - motu proprio -.
- 4. Confesión provocada, es la que tiene por origen la petición del adversario o del juez.
- 5. Confesión expresa, es la que se efectúa con palabras que proyecten claramente lo admitido.
- 6. Confesión tácita, es aquella que se infiere de algún hecho o se supone por la ley.
- 7. Confesión simple, es aquella en que se afirma sin agregar alguna circunstancia modificativa o extintiva.
- 8. Confesión calificada, es aquella en la que se admite algún hecho pero se le añade, los datos que estime pertinente el absolvente.
- 9. Confesión preparatoria, es la instrumentada antes de empezar el juicio. Artículo 193, fracción I del CPCDF.
- 10. Confesión definitiva, es la realizada en el proceso.

13. Domínguez del Río Alfredo. "Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 1977, p. 191.

14. Lessona Carlos. "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil." Madrid, Ed. Reus, tomo I, 1957, p. 385.

-11. Confesión ficta, es aquella en la cual se tiene por confeso al que debiera absolver posiciones por mandato legal. (15).

#### B. Instrumental.

La prueba instrumental o documental, es aquella que se constituye a través de documentos, y por éstos se entiende los objetos que representan un hecho o acto jurídico por medio de la escritura. (16).

Existen varias clases de documentos, y que son entre otros los siguientes :

-1. Documento público, es el que proviene de algún funcionario o fedatario público - competentes - y que reúne las formalidades legales. (17). A su vez se subdivide en :

a). Oficial, es aquel "a que se refieren las fracciones II a X del artículo 327 del Código del Distrito."

b). Notariales, son los que proceden de algún notario público. (18).

-2. Documento privado, es el expedido por particulares. Artículo 334 CPCDF.

-3. Documento en idioma extranjero, es el redactado en lengua diversa al español. Artículo 56 fracción II CPCDF.

-4. Documento indubitable, es aquel que no entraña duda pues las posibles objeciones han sido superadas.

-5. Documento dubitable, es aquel que puede implicar incertidumbre bajo las directrices legales. Artículo 341 CPCDF.

-6. Documento original, es aquel que no es imitación de otro. Artículo 336 CPCDF.

-7. Documento copia, es el que reproduce el contenido de otro. Artículo 337 CPCDF.

-8. Documento auténtico, es el que está apegado a la realidad, hace prueba per se. (19).

-9. Documento falso, es el contrario a la verdad total o parcialmente. Artículo 345 CPCDF.

15. Pallares Eduardo. "Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 10ª, edición, 1983, p. 381.

16. Arellano García Carlos. Op. cit; p. 283-284.

17. Pina Rafael de. Ob. cit; p. 170.

18. Domínguez del Río Alfredo. Op. cit; p. 208.

19. Pallares Eduardo. Ob. cit; p. 390.



### C. Pericial.

La pericial es la prueba en virtud de la cual, el juzgador recibe asesoría o conocimientos especiales por parte de terceros versados en alguna ciencia, arte, técnica o industria -previa autorización legal-. (20).

En concordancia con el Código adjetivo del Distrito es factible clasificar a los peritos, como sigue :

-1. Perito titulado, es aquel que posee título en la ciencia o técnica correspondiente, pues la ley exige este requisito para el ejercicio profesional. Artículo 346 CPCDF.

-2. Perito empírico, es aquel que basa sus conocimientos en la praxis o experiencia y al cual se le permite su desempeño sin la cédula correspondiente.

-3. Según el tipo de conocimiento que se solicita, puede ser perito en :

- a. Ciencia.
- b. Arte.
- c. Técnica.
- d. Oficio, y
- e. Industria.

Cabe aclarar que la pericial sólo es procedente cuando se requieran conocimientos sui generis, en determinada área -desde luego diversa a la jurídica-. Artículo 293 CPCDF.

### D. Inspección judicial.

La inspección judicial, es el examen sensorial directo realizado por el juez en personas o cosas relacionadas con el litigio, para dejar constancia de lo observado, en la diligencia. (21)

La inspección judicial, como se ha expuesto, puede recaer en :

- a). Personas, verbigracia la interdicción. Artículo 287 CPCDF.
- b). Cosas, sirva de paradigma :

- Para observar documentos en poder de la contraparte. Artículo 287 CPCDF.

- Para dar fe de un documento en poder de tercero. Artículo 288 CPCDF.

Cabe mencionar que el ordenamiento adjetivo denomina a la inspección también con el vocablo "reconocimiento", lo cual es inexacto, pues el juzgador puede admitir lo que se atribuye, o bien

20. Domínguez del Río Alfredo. Ob. cit; p. 216.

21. Becerra Bautista José. "El Proceso Civil en México." México, Ed. Porrúa S.A., 14ª. edición, 1992, p. 129.

desconocerlo; este vocablo dada sus múltiples acepciones es inadecuado para el caso.

#### E. Testimonial.

La prueba testimonial es aquella en la que se pretende dar información al órgano jurisdiccional, por medio de testigos, respecto a alguna situación fáctica controvertida. (22).

A su vez el testigo, es el tercero que tiene conocimiento de los hechos del litigio. (23). Artículo 356 CPCDF.

Según las particularidades de cada testigo se pueden clasificar en :

- 1. Testigo presencial, es aquel que percibió por se la realización de algún evento.
- 2. Testigo instrumental, es aquel que interviene en la constancia de un acto jurídico.
- 3. Testigo de asistencia, es el que certifica los actos procesales, cuando falta el secretario.
- 4. Testigo de identidad, son las personas que acuden a la diligencia de inspección judicial, para corroborar que el lugar, la cosa o la persona que se examina es la señalada por las partes, ya sea a instancia de parte o de oficio.
- 5. Testigo de oídas, es aquel que conoce los hechos controvertidos por el dicho de otras personas que los presenciaron.
- 6. Testigo judicial, es el que declara en juicio.

#### F. Las pruebas científicas.

Las pruebas científicas o técnicas, son aquellas en las que se pretende ilustrar al órgano jurisdiccional al través de aparatos productos de la evolución tecnológica, respecto a situaciones fácticas discordantes en el proceso. (25).

En la prueba técnica se logra reproducir imágenes o sonidos relacionados a la controversia por medio de procedimientos mecánicos, físicos o químicos. (26).

Sirve de paradigma la enumeración del legislador mexicano : fotografías, cintas cinematográficas, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, fonográficos, etcétera. Artículos 373 y 374 CPCDF.

Desde luego la lista enunciada con antelación, es meramente ejemplificativa, pues el derecho da cavidad a cualesquier otro artefacto. Artículo 374 CPCDF.

22. Arellano García Carlos. Ob. cit; p. 350.

23. Pallares Eduardo. Op. cit; p. 411.

24. Torres Díaz Luis G. Ob. cit; p. 309-311.

25. Arellano García Carlos. Op. cit; p. 411.

26. Becerra Bautista José. Ob. cit; p. 148.

## G. Presunciones.

Desde el punto de vista normativo la presunción es la consecuencia deducida de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido. Artículo 379 CPCDF.

Por lo tanto los elementos esenciales de las presunciones son :

- 1. Un hecho conocido.
- 2. Un acontecimiento desconocido.
- 3. Una relación de causalidad. (27).

Desde el punto de vista doctrinal, "la presunción es una operación lógica mediante la cual partiendo de un hecho conocido, se llega a la aceptación como existente de otro desconocido o incierto." (28).

Según la ley la presunción es un verdadero medio de prueba, en tanto que la doctrina no se pone de acuerdo, en cuanto a la naturaleza jurídica de ésta institución. (29).

Por lo concerniente a las diversas especies de esta prueba, existen las siguientes :

-1. La presunción legal, es la consecuencia que la ley deduce de un hecho conocido para establecer la verdad de otro desconocido. ( Artículo 379 CPCDF ). Existe cuando la ley la establece de forma expresa y cuando la consecuencia nace inmediatamente de la misma. ( Artículo 380 CPCDF ). A su vez ésta se subdivide en :

- a). Perentoria, es aquella que no admite prueba en contrario por orden expresa de la ley. Ejemplo la presunción de cosa juzgada. Artículos 382 y 422 CPCDF.
- b). Relativa, es aquella que admite prueba en contrario. Artículo 382 CPCDF.

-2. Presunción humana, es la consecuencia que el juez deduce de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido; existe esta prueba cuando de un hecho demostrado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquél. Artículos 379 y 380 CPCDF.

Por otra parte las presunciones funcionan al través de un hecho acreditado, entonces el que tenga a su favor la presuncional ha de probar el acontecimiento base de la inferencia. Artículo 381 CPCDF.

Es pertinente observar que las presunciones legales pueden ser previstas tanto por normas sustantivas como por normas adjetivas. Ejemplo : los hijos de concubinato ( artículo 383 CCDF ) y

27. Couture, Eduardo J. Op. cit; p. 109.

28. Pina Rafael de. Ob. cit; p. 233.

29. Dellepiane Antonio. Ob. cit; p. 97-98.

la confesión ficta - artículo 322 CPCDF - (30).

Por lo concerniente a las presunciones humanas, éstas siempre se apoyan en la instrumental de actuaciones correspondientes.

La presuncional es una herramienta eficaz en algunos casos, sobretodo cuando se carece de otros medios de convicción, sirva de paradigma el juicio salomónico, en el cual el juzgador utilizó ésta prueba para dictar sentencia.

#### H. Indicios.

Los indicios o prueba indiciaria, son las huellas, vestigios, rastros, circunstancias y en general todo hecho conocido - comprobado -, susceptibles de conducir a otros conocimientos. (31).

La ley adjetiva omite la regulación concerniente a ésta probanza, empero le da pauta, ya que permite la admisión de elementos no previstos por ella, en tanto puedan convencer al tribunal. (Artículo 289 CPCDF). En contraposición el ordenamiento sustantivo si alude a éste medio, en lo referente a la demostración de la filiación de hijos nacidos de matrimonio. Artículo 341 CCDF

Los indicios son muy importantes, ya que en ocasiones se puede constatar la realidad, al través de los detalles, - máxime con los avances científicos - dígame la conducta procesal de las partes o de los testigos, desafortunadamente muchas veces se les subestima, calificándolos como nimios, secundarios o irrelevantes.

Sin embargo para obtener éxito con éste factor probatorio, se requiere lo siguiente :

- a). Observación de las constancias de autos e incluso la efectiva aplicación del principio de inmediatez, por parte del juez, para que perciba los pormenores que se susciten en el desahogo probatorio.
- b). Prudencia, ya que las apariencias pueden guiar a ideas erróneas. Y
- c). Poseer una considerable cultura multidisciplinaria. (32).

Los indicios se pueden clasificar según su influjo demostrativo en los siguientes :

- 1. Dudosos.
- 2. Leves.
- 3. Medianos, y

30. Pallares Eduardo. Op. cit; p. 425.

31. Dellepiane Antonio. Ob. cit; p. 57.

32. Cocho Gil Flavio. "Cultura, una Lucha de Sangre a Sangre." Excélsior, México, 3 de marzo de 1998, p. 10-A y 29-A.

-4. Graves, necesarios o vehementes. (33).

Cabe advertir que los conceptos relativos a los indicios y a la presuncional, son autónomos, pero complementarios, ya que el primero es el punto de partida para llegar a configurar al otro, pues le señala cosas, que hacen factible la operación racional en que radica. (34). Sirva de paradigma el proceso salomónico, en el cual, el juzgador tenía que resolver un conflicto de filiación materna, consistente en que las contendientes se atribúan la calidad de referencia descartando a la contraria; al carecer de medios probatorios, el juez utilizó una estratagema para provocar información al respecto, logrando que la conducta procesal le evidenciara a la verdadera madre, de acuerdo a sus cualidades intrínsecas. I Re. 3.16-27. (35).

Luego entonces, esquemáticamente esto se representa del modo siguiente :

- a). Indicio, ante la posibilidad de una división corporal del niño en disputa - lo que implica el privarlo de la vida -, las adversarias reaccionaron en formas opuestas : una renuncia al mismo para evitarle la muerte, aunque se lo lleve la opositora, en tanto la otra exige que se reparta.
- b). El hecho desconocido es : ¿quién es la mama?
- c). La presunción, consiste en usar la inteligencia para inferir el dato ignorado, por medio de un silogismo, que a continuación se expone :
  - A. Premisa mayor : una madre normal ama a su hijo, por lo que hace lo necesario para su bienestar.
  - B. Premisa menor : (X) renuncia al niño con tal de conservarle la vida, mientras que (Z) quiere destruirlo.
  - C. Resultado : (X) muestra amor hacia el niño, por lo tanto ella es la progenitora.

33. Dellepiane Antonio. Op. cit. p. 61.

34. Alsina Hugo. Ob. cit. p. 684.

35. "La Biblia." España, Ed. Paulinas y Verbo Divino, 6ª. edición, 1990, p. 417-418.

Cuadro sinóptico de las pruebas en el derecho procesal vigente en el Distrito Federal.

Pruebas.	-1- Confesión.	Material. Formal.
	-2- Instrumental.	Pública. Privada.
	-3- Pericial.	
	-4- Inspección judicial.	
	-5- Testimonial.	
	-6- Científica.	
	-7- Presuncional.	Legal. Absoluta. Humana. Relativa.
	-8- Indicios.	Dudosos. Leves. Medianos. Graves.

### III. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

#### 1. Concepto.

Desde el punto de vista cuantitativo, el procedimiento probatorio está constituido por el conjunto de actividades necesarias para informar al juez, de los medios probatorios <abarca desde el ofrecimiento hasta la valoración >. (1).

Desde el enfoque formal, el procedimiento probatorio, es el conjunto de formalidades legales para la recepción de las pruebas. (2).

El tema del procedimiento probatorio atañe a la pregunta : ¿ cómo se prueba?., y consiste en saber cuales son las formas que es ineluctable observar a efecto de que la probanza producida se considere válida. El problema planteado se divide en dos campos :

- a). El conjunto de reglas comunes a todas las pruebas, y
- b). El funcionamiento de cada medio probatorio. (3).

El procedimiento probatorio tiene lugar siempre que en la etapa postulatoria se hayan aducido hechos acerca de los cuales no exista conformidad entre las partes, ya porque uno afirma, en tanto el otro niega, o a pesar de que ambos contendientes aseveren en coincidencia, pero se añadan datos excluyentes o alternativos de la litis, por ejemplo : la excepción. (4).

“Mediante el procedimiento probatorio se busca crear una concepción del estado de los hechos que sea segura...” o poner en claro que tal realización no es asequible, o sea, la finalidad de la labor probatoria es precisar, si un suceso determinado, se ha producido realmente o, si se ha verificado en cierta manera, dicha faena ha de “...crear el substrato fáctico para resolver la cuestión jurídica.” (5).

El método demostrativo es de una transcendencia inconmensurable, ya que la variación de los esquemas genéricos y/o específicos para el funcionamiento de los medios de acreditación, puede dar pábulo a resultados ajenos a la verdad que se busca. Incluso, no falta quien sostenga, que en

1. Pina Rafael de, y J. Castillo Larrañaga. “Instituciones de Derecho Procesal Civil.” México, Ed. Porrúa S.A., 19ª, edición, 1990, p. 267.
2. Domínguez del Río Alfredo. “Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil.” México, Ed. Porrúa S.A., 1977, p. 179.
3. Couture Eduardo J. “Fundamentos Del Derecho Procesal Civil.” Buenos Aires, Ed. Depalma, 3ª, edición, 1993, p. 248-249.
4. Alsina Hugo. “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.” Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2ª, edición, vol. III, 1961, p. 275-277.
5. Döhning Erich. “La investigación del estado de los hechos en el Proceso.” Buenos Aires, Ed. EJE, 1986, p. 13-14.

ocasiones la certeza se obtiene en lo metajurídico. Sirva de paradigma lo siguiente :

- a). En el juicio salomónico, el juzgador se valió de un artificio que no estaba previsto por la ley, para lograr los datos que le permitieran resolver la contienda. (6).
- b). En un proceso se utilizaron testigos falsos, los que resultaron contestes al tenor del interrogatorio formulado, dignos de crédito y sin tacha alguna - en apariencia -, ante ello el abogado de la contraria estaba maniatado, sin embargo una casualidad trastoco la asechanza preparada, ya que el juez al realizar un ademán, rompió una jarra de vidrio estrepitosamente, ante lo cual una deponente situada al frente y separada unos cuantos metros, se espanto y con premura preguntaba que era lo que sucedía, el licenciado se percató de inmediato, que dicha testigo adolecía en su agudeza visual, por lo que ipso facto, hizo valer tal circunstancia a su favor, pues ella declaró que en la penumbra de la noche y de forma distante había visto los hechos del pleito.

Empero, éstos subterfugios son escasos, y se pueden prestar a la prepotencia de la autoridad, por ello son preferibles los parámetros probatorios, que garanticen igualdad, orden y seguridad en la secuela demostrativa.

## 2. Fases de la etapa probatoria.

El juicio ordinario civil en su etapa probatoria o procedimiento demostrativo, tiene las siguientes fases : a. ofrecimiento, b. admisión, c. preparación - en su caso -, d. recepción, y e. valoración. Artículos 290, 298, 299, 385 y 402 del CPCDF.

A continuación se explica cada una de ellas :

### A. Ofrecimiento.

El ofrecimiento es el período procesal en el cual, las partes están facultadas para proponer al juzgador los medios probatorios que estimen pertinentes para acreditar los hechos que han aducido. (7). Artículo 290 CPCDF.

La regla general para ofertar pruebas consiste en que hay que expresar con claridad el o los hecho(s), que se trate de acreditar, así como la razón que se tenga para creer que se logrará la demostración. Artículo 291 CPCDF.

### B. Admisión.

6. "La Biblia." España, Ed. Paulinas y Verbo Divino, 6ª, edición, 1990, (glosa in fine), p. 417-418.
7. Arcellano García Carlos. "Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 2ª, edición, 1989, p. 234.



La admisión es la resolución jurisdiccional en virtud de la cual, se indica la procedencia de las probanzas, ya descartando, ya reservando, o dando pábulo a su praxis y recepción.

Las condiciones de admisión de las pruebas en general son :

- a). Deben ser conforme a derecho.
- b). Acordes a la moral.
- c). Relativas a la controversia.
- d). Versar sobre hechos posibles.
- e). Recaer sobre cosas creíbles.
- f). Ofrecidas en su oportunidad procesal.
- g). Al proponerlas, se debe observar la regla general de ofrecimiento. Artículos 291 y 298 CPCDF.

#### C. Preparación.

La preparación es la fase procesal, en la cual los sujetos procesales o los auxiliares del proceso han de realizar las diligencias o actividades necesarias para que se pueda desahogar alguna prueba. Esta faceta es contingente, pues es exclusiva de algunas pruebas; por ejemplo : la confesional, en la que se debe notificar personalmente para que X absuelva posiciones. (8). Artículo 385 CPCDF.

#### D. Recepción o desahogo.

El desahogo, es el conjunto de actos procesales en cuya virtud se incorpora o traslada al proceso ( expediente ) los medios probatorios aportados. (9).

Los lineamientos genéricos en la recepción son :

- a). Debe realizarse con posterioridad al auto de admisión.
- b). La audiencia correlativa debe ser oral con levantamiento de acta.
- c). La fecha para el desahogo debe indicarse en el auto de admisión.
- d). Ha de ser una sola audiencia, salvo necesidad.
- e). Observar las formalidades específicas para la recepción probatoria fuera del Distrito.
- f). Publicidad, salvo algunas excepciones.
- g). Audición.
- h). Preclusión.

8. Torres Díaz Luis G. "Teoría General del Proceso." México, Ed. Cárdenas, 1987, p. 131.

9. Couture Eduardo J. Ob. cit; p. 253.

i). Inmediatez.

j). El secretario hará constar el día, lugar y hora - inicio y fin - de celebración de la audiencia.

k). Que sea constante, sin interrupciones.

l). Cortesía y respeto tanto al tribunal como a los litigantes.

Fundamento : artículos 59, 60, 61, 133, 299, 300, 301, 385, 387, 388, 392, 397, 398 y 399 del CPCDF.

E. Valoración.

La valoración, es el período procesal en el cual, el juez determina la eficacia probatoria de los medios acreditados desahogados. (10).

Por lo que se refiere al sistema de ponderación de las probanzas, cabe señalar que las normas procesales son titubeantes, pues señalan métodos divergentes para el tópico en cuestión. Ejemplo :

- Se establece la sana crítica en el artículo 344 CPCDF.

- Prueba tasada para :

-1- Instrumental pública. Artículo 403 CPCDF.

-2- Partidas registradas por párrocos anteriores al establecimiento del Registro Civil. (11). Artículo 412 del CPCDF.

En conclusión la apreciación probatoria la debe realizar el juez con apego a las reglas de la lógica y de la experiencia. Exponiendo con esmero los fundamentos de la valoración jurídica que realice y de su decisión, salvo disposición en contrario.

3. El desarrollo adjetivo de los medios probatorios en la etapa probatoria del juicio ordinario civil.

El objetivo del presente tema es el análisis del funcionamiento o mecanismo de cada medio de prueba en particular. (12). Y a continuación se expone :

A). Confesión.

a). Ofrecimiento.

-1- Se ha de proponer oportunamente, en un término que va desde la etapa postulatória [ demanda y contestación ] hasta diez días antes de la audiencia de pruebas. Artículo 308 CPCDF.

10. Pina Rafael de. "Tratado de las Pruebas Civiles." México. Ed. Porrúa S.A., 2ª edición, 1975, p. 55.

11. Martínez Pineda Angel. "Filosofía jurídica de la Prueba." México. Ed. Porrúa S.A., 1995, p. 127-128.

12. Couture ! Juardo J. Ob. cit. p. 249.

-2- El oferente ha de pedir la citación de la contraparte para absolver posiciones. Artículo 291 del CPCDF. (Es conveniente que se pida el apercibimiento correlativo).

-3- El proponente ha de presentar un pliego de posiciones (no es requisito ineluctable), si quiere que se tenga por confeso al absolvente de dichas aseveraciones, por no concurrir al desahogo respectivo. Artículo 292 CPCDF.

-4- Si se desea que el adversario absuelva personalmente las posiciones correspondientes, en la audiencia de recepción, es menester solicitar al juez, que la persona física (opositor) deberá por su deponer al tenor del interrogatorio que le formulen. Artículo 310 CPCDF.

-5- Se debe solicitar que el colitigante declare bajo protesta de decir verdad, pues de no hacerlo, entonces la declaración será lisa y llana. Artículo 308 CPCDF.

#### b). Admisión.

- Al día posterior en que termine el período de ofrecimiento probatorio, el juez dictará resolución en la que determinará las pruebas que se acepten sobre cada hecho; señalando día y hora para su desahogo. Artículo 298 y 299 CPCDF.

- Los requisitos de admisibilidad son :

-1. Que se haya ofrecido en su oportunidad procesal.

-2. Que la prueba no sea contraria al derecho o a la moral.

-3. Que recaiga en hechos controvertidos por las partes, y que éstos sean posibles y creíbles.

#### c). Preparación.

- "El que haya de absolver posiciones será citado personalmente, a más tardar el día anterior al señalado para la diligencia, bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso." Artículo 309 CPCDF.

#### d). Recepción.

- El día y hora señalado para recibir la confesión, habiéndose citado legalmente al que haya de absolver posiciones - de lo contrario se declarará desierta la probanza -, el juez verificará, si está presente o no, la persona citada, y en caso negativo procederá a calificar, si las hubiere, las posiciones para determinar cuales son legales, y así declarar confeso al inasistente. En cambio de comparecer el que ha de absolver, entonces el interrogado firmará el pliego (si lo hubiere) para luego cuestionarlo, sin que este asistido de su abogado o cualquier otra persona, ni se le dará

copia o traslado de las posiciones, ni término para que se aconseje: si el absolvente fuere extranjero podrá ser asistido por un interprete - designado por el juez -.

- Las posiciones deben reunir los siguientes requisitos :

-1. Precisión, consistente en determinar con exactitud lo expresado.

-2. Contener un solo hecho, salvo que sea complejo : dos o más sucesos concatenados de tal modo, que impida negar o afirmar uno de ellos, sin negar o afirmar al otro. - indivisible -.

-3. Los acontecimientos articulados deben ser personales.

-4. Evitar la insidia : tendencia a ofuscar, a inducir a error que altere la verdad.

-5. Al formular interrogaciones sobre situaciones fácticas negativas se debe eludir la confusión.

-6. Relativas a cuestiones de la contienda.

-7. Articularse por escrito - pliego presentado oportunamente -, o verbalmente en la audiencia.

- Las contestaciones deben ser :

-1- Categóricas, o sea tajantes y claras.

-2- Afirmativas o negativas ( si o no, falso o verdadero ).

-3- Está facultado el deponente para añadir lo que estime conveniente.

-4- De índole explicativa - exégesis - cuando el juez lo solicite.

- Si el declarante desacata lo anterior, el juzgador lo apercibirá en el acto de tenerlo por confeso de las posiciones en las que transgreda la ley.

- El absolvente, puede cuestionar al articulante - si hubiere asistido -, al finalizar su deposición.

- El tribunal tiene la potestad para interrogar a los litigantes sobre las situaciones fácticas de la controversia, para descubrir la verdad.

- En caso de pluralidad de absolventes, y que tengan que responder al tenor de un mismo interrogatorio, se les preguntará separadamente y en un mismo acto, evitando que se comuniquen los que absuelvan primero con los que lo hagan después.

- De las declaraciones de los cuestionados se levantará acta, en la que se asentará la contestación, implicando la pregunta, se ha de iniciar con la protesta de decir verdad y las generales,

dicho instrumento debe ser firmado al calce de la última hoja y al margen, si existieren otras, previa lectura per se o por el secretario. Haciendo constar - en su caso - si alguien no sabe firmar

- Si algún absolvente no está conforme con lo asentado en el acta respecto a su declaración, el

juez decidirá ipso facto, lo concerniente a las rectificaciones que se deban hacer. Una vez firmadas las deposiciones son inmutables. La nulidad por error o violencia es vía incidental con resolución en la definitiva.

- En caso de enfermedad del que haya de absolver posiciones, previa demostración, el tribunal se trasladará al domicilio de aquél, para efectuar la diligencia en presencia del adversario - si fuere -.

- Las autoridades y establecimientos de la administración pública absolverán posiciones bajo reglas especiales, consistentes en que mediante oficio que contenga las preguntas, se les apercibirá de tenerlas por confesas, de no contestar en el término que les fije el juez, o si no lo hacen categóricamente.

Fundamento global : artículos 299 y 309 a 326 del CPCDF.

B). Instrumental.

a). Ofrecimiento.

- Se ha de proponer oportunamente, en un término de diez días contados desde el día siguiente a aquel en que surta sus efectos la notificación del auto que manda abrir el juicio a prueba.

Artículo 290 CPCDF.

- Al ofrecerla se ha de expresar con claridad que hechos se trata de acreditar, así como las razones que se estimen como favorables para demostrar las aseveraciones. Artículo 291 CPCDF.

- Al momento de ofertar documentos, han de anexarse, si no lo estuvieren ya, siempre y cuando sean de los permitidos por la ley para incorporarse en ese plazo, ya que algunos deben ser añadidos a la demanda o a la contestación, según corresponda. Artículos 95 fracción tercera, y 294 del CPCDF.

- En caso de no contar con los instrumentos al momento de la oferta, empero se hayan solicitado con antelación y se remitan con posterioridad, entonces si son procedentes; de igual forma si se trata de hechos posteriores, o anteriores - supervenientes - cuya existencia se ignore por el oferente, manifestando dicha circunstancia bajo protesta de decir verdad. Artículo 294 CPCDF.

- Al ofrecer documentos que no tenga el oferente en su poder, ha de expresar el archivo en que estén, o si está en posesión de un tercero, y si son propios o ajenos. Artículo 295 CPCDF.

- Los documentos redactados en lengua extranjera, deben traer adjunta su traducción al español. Artículo 56 fracción II CPCDF.

- Los documentos exhibidos antes del período de pruebas y las constancias de autos se tomarán como probanzas, aunque no se ofrezcan. Artículo 296 CPCDF.

b). Admisión.

- Al día posterior en que concluya el término de ofrecimiento, el juez aceptará la instrumental, si se reúnen los siguientes requisitos :

-1- Que se haya ofrecido en el término legal.

-2- Que no sea contraria al derecho o a la moral.

-3- Que sea relativa a los hechos controvertidos.

-4- Que sea sobre sucesos posibles y creíbles.

-5- Que se observen los requisitos del artículo 291 del CPCDF.

-6- Que se anexe la documental al proponerla, siempre y cuando se trate de objetos de los que se carecía en la etapa postulatoria - demanda o contestación -, salvo los casos en que se permita lo contrario, verbigracia : los supervenientes. Artículos 95 fracción III y 294 del CPCDF.

c). Preparación.

- Si algún litigante manifiesta bajo protesta de decir verdad, que no tiene documento base de su acción o excepción, el juez si lo considera pertinente, ordenará al responsable de la expedición que el escrito que solicita el interesado, se le otorgue bajo su costa, bajo apercibimiento de imponerle alguna medida de apremio, que la ley contemple. Artículo 95 fracción II CPCDF.

- El tribunal ordenará -previa demostración de solicitud- a la dependencia que corresponda, la emisión del documento objeto de la petición, cuando ésta sea renuente en otorgarlo, con apercibimiento de sanción pecuniaria a beneficio del afectado. Artículo 96 CPCDF.

- Cuando algún litigante presente en su demanda o contestación, una copia simple de un documento público, bajo protesta de decir verdad, que carece de éste último, tiene la carga de promover el adecuado, o si lo prefiere el cotejo de aquél con el original practicado por un fedatario público autorizado por el órgano jurisdiccional, y a expensas del interesado, sin coartar la facultad de la contraparte para asistir a dicha diligencia, para que asevere lo que a su derecho e interés convenga. Artículo 97 CPCDF.

d). Recepción.

- Los documentos originales o copias que tengan los contendientes al promover su demanda o contestación, los han de agregar a éstos ocurso. Artículo 95 fracción III CPCDF.

- Los instrumentos que no tenían en su poder las partes, en la fase postulatoria, los han de adjuntar al memorial de ofrecimiento probatorio, salvo excepciones. Artículos 95 fracción III y 294 del CPCDF.

- De los documentos exhibidos con posterioridad al periodo de oferta demostrativa, debe darse vista a la contraria para que manifieste lo que estime adecuado. Artículo 100 CPCDF.

- Una vez concluido el desahogo, el tribunal debe rechazar las documentales que se presenten, sin incorporarlas al expediente, ordenando su devolución a quien corresponda. Artículo 99 CPC.

- Dada la naturaleza de éste medio acrediticio, por el hecho de ofertarlo y exponerlo, al admitirlo el juzgador, lo tendrá por recibido, toda vez que los documentos quedan agregados a los autos, ya no es menester, audiencia especial para su desahogo. (13).

C). Pericial.

a). Ofrecimiento.

- El término para ofrecerla es de diez días, contados a partir del día siguiente en que surta efectos la notificación del auto que manda abrir el juicio a prueba. Artículo 290 y 347 del CPCDF.

- Al ofrecer la pericial se debe expresar con claridad los hechos que se trate de acreditar, así como las razones que se considere, por las cuales se logrará el éxito probatorio. Artículo 291 CPCDF.

- Al proponer la experticia, se debe indicar lo siguiente :

-1. La ciencia, técnica, arte, oficio o industria relativa al asunto.

-2. Los puntos sobre los que versará.

-3. Los planteamientos que se deban resolver.

-4. Los datos básicos del perito :

- Nombre completo.

- Domicilio.

- Cédula profesional - en su caso -.

- Prestigio que ostente en su ramo. Artículo 347 fracción I CPCDF.

-5. Cuando se trate de avalúos sobre bienes o derechos de cualesquiera índole, entonces el perito debe ser corredor público o institución de crédito. Artículo 353 párrafo tercero CPCDF.

13. Hernández López, Aarón. "El Procedimiento Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 3ª. edición, 1995, p. 281.

b). Admisión.

- Si el oferente omite alguno de los requisitos para proponer la pericial, el juez desechará de plano la probanza. Artículo 347 fracción II CPCDF.

- Antes de aceptar la pericial, el juez dará vista a la contraparte por el término de tres días, para que manifieste sobre la pertinencia de la prueba y para que proponga la ampliación de otros puntos, distintos de los formulados por el oferente, para que los peritos los resuelvan.\*  
Artículo 348 CPCDF.

\*La doctrina designa a este tipo de autos como : " reserva de proveer admisión." (14).

- Una vez cumplido lo anterior el tribunal aceptará la prueba, solo si se hubieren observado los requisitos para ofertarla, asimismo si efectivamente es menester conocimientos especiales. Artículos 293 y 347 fracción III CPCDF.

c). Preparación.

- Los oferentes tienen la carga de que sus peritos, en un plazo de tres días, presenten un memorial en el que acepten el cargo otorgado y protesten su fiel y legal desempeño, anexando copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad pericial, para el cual se les designa, manifestando bajo protesta de decir verdad, que conocen los puntos cuestionados y pormenores relativos al asunto, así como que tienen la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular. Artículo 347 fracción III CPCDF.

- La falta de presentación del escrito ( aceptación y protesta del cargo ) del perito del oferente de la prueba da lugar a que el juez designe perito en rebeldía del proponente. Si el adversario no señalará perito o el designado por él, no presenta el recurso de aceptación y protesta, da lugar a que se le tenga por conforme con el dictamen pericial que rinda el experto de la oferente. Artículo 347 fracción VI CPCDF.

- Los contendientes pueden estipular la designación de un solo perito para someterse a los resultados de su análisis. Artículo 347 fracción VIII CPCDF.

d). Recepción.

El dictamen adjunto al original de la cédula profesional o documento equivalente, se ha de rendir dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se haya presentado el escrito de aceptación y protesta; de lo contrario se entenderá que dicha parte admite el dictamen del perito  
14. Idem. p. 254.



del oponente, y la pericial se desahogará con ese veredicto. Si los peritos de ambos litigantes no rinden su informe dentro del término legal, el juzgador designará en contumacia de éstos un perito único, el que rendirá su parecer dentro de los diez días siguientes a que acepte y proteste el cargo otorgado. Artículos 353 y 347 fracciones III y VI párrafo segundo del CPCDF.

- Cuando los peritos de las dos partes hayan rendido oportunamente su dictamen y resulten substancialmente contradictorios, de modo que el juez no encuentre conclusiones que le aporten elementos de convicción, podrá designar un perito tercero en discordia. Al cual deberá notificarse para que dentro del plazo de tres días, presente un escrito en el que acepte y proteste el cargo, debiendo anexar copia de su cédula profesional o su equivalente, manifestando bajo protesta de decir verdad que tiene la capacidad suficiente para emitir opinión del asunto, asimismo señalará el monto de sus honorarios en los términos de ley, los que deben ser aprobados y autorizados por el tribunal, y cubiertos por ambas partes en la misma proporción. El perito tercero en discordia deberá rendir su parecer en la audiencia de pruebas. En caso de incumplimiento, el juez nombrará otro, y de ser necesario suspenderá la audiencia respectiva. Artículo 349 CPCDF.

- Cuando los dictámenes sean concernientes al valor de cualesquiera clase de bienes o derechos, y difieran en el monto, entonces se debe acatar lo que sigue :

-1- Si la divergencia de los avalúos no es mayor del 30 % del monto superior, se mediarán las disimilitudes.

-2- Si la diferencia sobrepasa lo anterior, entonces el juez señalará un perito tercero en discordia, siempre y cuando no logre formar su convicción. Artículo 353 párrafo tercero CPCDF.

- Para designar peritos el juez puede elegirlos de acuerdo a lo siguiente :

-1. Entre los autorizados como auxiliares de la administración de justicia.

-2. Entre los propuestos - a solicitud del tribunal - por colegios, asociaciones o barras de profesionales, artísticas, técnicas o científicas o las instituciones de educación superior o las cámaras de industria, comercio, confederaciones, o la que corresponda a la materia del asunto. Artículo 353 CPCDF.

- La institución - excluyendo a la auxiliar de la justicia - requerida por el juzgador para que le proponga expertos deberá proporcionar la información dentro de cinco días a partir de la notificación o mandamiento de aquél. Artículo 353 párrafo segundo CPCDF.

-3. Tratándose de avalúos pueden ser : corredores públicos, institución de crédito, el Nacional

Monte de Piedad o entidades públicas que efectúen dichas cuestiones. Artículo 353 CPCDF.

Advertencia : los honorarios del perito tercero en discordia, se deben pagar por las partes en cantidades similares, bajo pena de perder sus facultades de impugnación del peritaje, sin perjuicio de la ejecución forzada. Artículo 353 párrafo sexto CPCDF.

- El experto tercero en discordia, puede ser recusado. Artículo 351 CPCDF.

- Las partes tienen derecho a interrogar al, o a los peritos que hayan rendido su parecer, y a que el juez ordené su comparecencia en la audiencia de pruebas en la que se lleve a cabo la junta de peritos, siendo facultados exclusivamente los litigantes que lo hayan solicitado, para cuestionar a los expertos. Artículo 350 CPCDF.

D). Inspección judicial.

a). Ofrecimiento.

Al proponer la inspección judicial se ha de observar lo siguiente :

- Oportunidad procesal : diez días a partir del día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación del auto que abre el juicio a prueba, para ofertar probanzas. Artículo 290 CPCDF.

- Se ha de expresar con nitidez los hechos que se tratan de demostrar, así como las razones en las que se base el logro del objetivo. Artículo 291 CPCDF.

- Se determinarán los puntos sobre los cuales ha de versar. Artículo 297 CPCDF.

B). Admisión.

- Si la prueba ha sido ofrecida conforme a los lineamientos legales, el juez aceptará mediante resolución dictada al día siguiente en que termine el ofrecimiento probatorio, en la que indicará la fecha, hora y lugar para la recepción. Artículo 299 CPCDF.

c). Preparación.

- Las partes interesadas han de presentar, o en su caso, solicitar al juzgado, previa cita, que ordené la presencia de los testigos de identidad al lugar, fecha y hora indicados, sólo en el caso de ser necesarios. Artículos 354 y 357 CPCDF.

d). Recepción.

- En el día, hora y lugar señalados se practicará la inspección a cargo del juez y con asistencia del secretario respectivo, para que certifique el acto, concurren o no las partes, sus representantes o abogados, o cualesquier persona. Artículos 56, 60 y 354 CPCDF.

- Del reconocimiento se levantará acta, que firmarán los que asistan, asentándose los puntos que

la provocaron, las observaciones, declaraciones de peritos y todo lo necesario para esclarecer el asunto, salvo que el órgano jurisdiccional dicte sentencia en ese lugar, entonces basta con que éste haga referencia a las consideraciones que motivaron su convicción. Cuando fuere necesario se levantarán planos o se sacarán vistas fotográficas del lugar u objetos inspeccionados. Artículo 355 CPCDF.

- Se tendrán por ciertas las afirmaciones de la contraparte, salvo prueba en contrario, en los siguientes casos :

-1- Que algún litigante se oponga a la inspección ordenada por el juez, para conocer sus condiciones físicas o mentales.

-2- Que alguno de los contendientes no conteste las preguntas del juzgador, y

-3- Si alguna de las partes no exhibe la cosa que tenga en su poder para la inspección judicial.

Fundamento : artículo 287 CPCDF.

E). Testimonial.

a). Ofrecimiento.

Al proponer la testimonial, el oferente ha de acatar lo siguiente :

- Oportunidad procesal para ofrecer : diez días contados a partir del día siguiente al en que surta efectos la notificación del auto que ordena la apertura probatoria. ( Artículo 290 CPCDF ). Cabe advertir que la demanda debe contener previamente el nombre completo de los testigos. Artículo 255 fracción V CPCDF.

- Expresar con claridad los hechos que se tratan de acreditar, así como las razones que se tenga para justificar el buen éxito probatorio. Artículo 291 CPCDF.

- Señalar el nombre de los testigos así como su domicilio. Artículo 291 CPCDF.

- Determinar si el oferente por si mismo va a presentar a los testigos al desahogo respectivo, o en su caso de estar imposibilitado para hacerlo, lo expresará bajo protesta de decir verdad, y pedirá que se les cite, exponiendo las causas de su impotencia, que el juzgador calificará bajo su prudente arbitrio. Artículo 357 CPCDF.

- Cuando el testigo resida fuera del Distrito Federal, deberá el oferente, presentar sus interrogatorios, con las copias respectivas para el adversario. Artículo 362 CPCDF.

b). Admisión.

- Al día siguiente en que termine el período de ofrecimiento de pruebas el juez dictará resolución

en la que aceptará la testimonial -pudiendo limitar el número de testigos prudencialmente-, si se reúnen los requisitos de ofrecimiento. Artículo 298 CPCDF.

- Además señalará día y hora para la audiencia de recepción dentro de los treinta días siguientes a la admisión. Artículo 299 CPCDF.

- Si la testimonial ha de verificarse fuera del Distrito Federal, el tribunal ordenará se gire atento exhorto al juzgado competente para que en su auxilio desahogue la prueba, asimismo dará tres días a la contraparte del oferente para que se presente su interrogatorio de repreguntas las cuales en su momento oportuno se adjuntarán al exhorto en pliego cerrado -preguntas y repreguntas-. Artículo 362 CPCDF.

- Cuando el oferente deba presentar a sus testigos, el juez al aceptar la probanza, ordenará que se cite a éstos, por conducto del proponente, y será en su perjuicio la falta de comparecencia de los testigos, a los cuales no se les volverá a buscar, salvo disposición en contrario o que el juez lo determine. Artículo 120 CPCDF.

- Cuando el oferente esté imposibilitado para presentar a sus testigos, pero haya solicitado su cita por medio del órgano jurisdiccional, éste aceptará la probanza, si se reúnen los requisitos de ley, y por ende ordenará la citación de dichas personas con apercibimiento de arresto hasta por 36 horas o multa, para el caso de inasistencia sin causa justificada o se niegue a declarar. Artículo 357 CPCDF.

#### c). Preparación.

- Si el oferente ha de presentar sus testigos, entonces, per se, los citará con las cédulas que el juzgado le proporcione. Artículo 120 CPCDF.

- En caso distinto del antes enunciado -imposibilidad-, entonces el actuario del tribunal se encargará de citar a los testigos respectivos con el apercibimiento de ley. Artículo 357 CPCDF.

- Los testigos pueden ser citados -a costa del promovente-, por correo certificado o telégrafo, dejando constancia en autos, en ambos casos. Artículo 121 CPCDF.

- En el supuesto de que la recepción de la testimonial deba celebrarse fuera del Distrito Federal, el actuario se encargará de instrumentarlo, o en caso de haber solicitado el oferente, previo acuerdo, el mismo o las personas designadas por él, se encargarán de su diligenciación. Artículos 109, 300, 301 y 362 del CPCDF.

d). Desahogo.

“Constituido el tribunal en audiencia pública [ salvo excepciones ] el día y horas señalados al efecto, serán llamados por el secretario, los litigantes, peritos, testigos y demás personas que por disposición de la ley deban de intervenir en el juicio y se determinará quienes deben permanecer en el salón, y quiénes en lugar separado, para ser introducidos en su oportunidad...la audiencia se celebrará concurran o no las partes y estén o no presentes los testigos, peritos y los abogados.” Artículo 387 CPCDF.

- En caso de que el oferente de la testimonial no presente sus testigos al desahogo, la prueba se declarará desierta, de igual modo, se procederá, si ejecutados los medios de apremio contra los testigos citados por conducto del tribunal, éstos no se presentaren. Artículo 357 párrafo III CPCDF.

- A continuación serán analizados -en presencia de las partes, si asistieren- los testigos indicados en el auto de admisión de pruebas. Artículo 392 CPCDF.

- “Los testigos serán examinados separada y sucesivamente sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros. A este efecto el juez fijará un solo día para que se presenten los testigos que deben declarar, y designará el lugar en que deben permanecer hasta la conclusión de la diligencia, salvo lo dispuesto en los artículos 358 a 360...si no fuere posible terminar el examen de los testigos en un solo día, la diligencia se suspenderá para continuarla al día siguiente.” Artículo 364 CPCDF.

- Enseguida al tener al testigo que va a declarar, se realizará por el órgano jurisdiccional lo que sigue :

-1. En la praxis algunos juzgados tienen la costumbre de exigir una identificación fehaciente al testigo, a falta de la misma se permite que se le identifique por medio de dos testigos idóneos, debidamente documentados, o por lo menos que el oferente - parte - lo reconozca.

Este uso forense no tiene respaldo en disposición alguna de la ley adjetiva en vigor, sin embargo el juzgador puede invocar los principios generales del derecho, máxime si media petición del adversario para ello. (15). Artículos 19 CCDF.

-2. Se le toma protesta de conducirse con verdad y se le advierte las penas en que incurrir los testigos falsos; asimismo se les pide sus generales : “ nombre, edad, estado, domicilio y ocupación; si es pariente por consanguinidad o afinidad y en qué grado, de alguno de los litigantes; si es

15. Arellano García Carlos. Ob. cit; p. 373.

dependiente o empleado del que lo presente, o tiene con él sociedad o alguna relación de intereses; si tiene interés directo o indirecto en el pleito, si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes..." Artículo 363 CPCDF.

- A continuación se interroga al testigo, primero el oferente y después el contrario: las preguntas serán formuladas verbal y directamente por las partes -desde luego previa calificación-. Artículos 360 y 361 del CPCDF.

- Las preguntas deben tener las siguientes cualidades -bajo pena de desestimación- :

-1. Relacionadas con los puntos controvertidos de modo inmediato.

-2. Acordes al derecho y a la moral.

-3. Concebidas de forma clara, precisa y procurando que se refieran a un solo suceso.

Fundamento : artículo 360 CPCDF.

- El tribunal está facultado para interrogar ampliamente al testigo, a fin de indagar la verdad con preguntas relativas al conflicto. Artículo 366 CPCDF.

- Si el testigo ignora el idioma, entonces rendirá su declaración por medio de interprete ( designado por el juez ). A petición del testigo - aparte de asentar su declaración en castellano - puede escribir en su idioma per se la deposición, o por medio del traductor. Artículo 367 CPCDF.

- Si el deponente deja de contestar algún punto, incurra en contradicción o ambigüedad, pueden las partes solicitar al juzgador, para que si lo estima conveniente, exija al testigo la aclaración respectiva. Artículo 365 CPCDF.

- Las respuestas del testigo se harán constar en autos en forma que al mismo tiempo se entienda el sentido o términos de la pregunta formulada. Salvo en los casos en que a juicio del tribunal y de forma excepcional, se permitirá que se escriba textualmente la pregunta y a continuación la contestación. Artículo 368 CPCDF.

- Es obligatorio que el testigo de la razón de su dicho - el juez debe exigirla en todo caso -. Artículo 369 CPCDF.

- La declaración ya firmada es inmutable tanto en la substancia como en la redacción. Artículo 370 CPCDF.

- Cuando no conste en la deposición alguna circunstancia que afecte el dicho del testigo, puede el interesado hacer la petición de tachas, en el acto del examen o dentro de los tres días poste-

riores, de modo incidental, reservando la resolución para la definitiva. Artículo 371 CPCDF.

- Una vez rendida la declaración y firmada al margen del acta correspondiente por el testigo, éste puede retirarse de la audiencia. Artículo 397 CPCDF.

#### F). Prueba científica.

##### a). Ofrecimiento.

Al proponer la prueba científica, el interesado ha de observar lo siguiente :

- Oportunidad procesal, el término para ofertar es de diez días, a partir del día siguiente al en que surta efectos la notificación del auto que manda a abrir el juicio a prueba. artículo 290 CPCDF.

- Expresar con claridad los hechos que se trata de acreditar, así como las razones que se estime para lograr su cometido. Artículo 291 CPCDF.

- Al escrito de ofrecimiento hay que adjuntar las fotografías, copias fotostáticas, cintas cinematográficas, registro dactiloscópico, fonográfico o el que corresponda. Artículos 373, 374 y 375 del CPCDF.

- Si se trata de escritos o notas taquigráficas han de presentarse acompañados de su traducción, especificando el sistema taquigráfico utilizado. Artículo 375 CPCDF.

##### b). Admisión.

- Si se reúnen los requisitos de ofrecimiento y admisión, el juez al día siguiente en que concluya el período de ofrecimiento ha de dictar resolución en que acepte la prueba. artículo 298 CPCDF.

##### c). Desahogo.

- El día y hora señalados para la recepción, la parte que presente pruebas que requieran de elementos para apreciar el valor de los registros y reproducción de imágenes y sonidos, ha de proporcionar dichos aparatos. Artículo 374 CPCDF.

#### G). Presunciones.

##### a). Ofrecimiento.

- Se debe ofrecer en el plazo legal, o sea diez días, a partir del día siguiente, al que surta efectos la notificación del auto que abre el juicio a prueba. artículo 290 CPCDF.

- Al proponer se debe expresar con claridad los hechos que se trata de probar y las razones que se tengan para considerar que se obtendrá el éxito probatorio. Artículo 291 CPCDF.

b). Admisión y desahogo.

- Al día siguiente en que se concluya el ofrecimiento probatorio, el juez dictara resolución, determinando si procede la prueba, siempre que se reúnan las condiciones jurídicas. Artículo 298 del CPCDF.

- Dada su especial naturaleza, la presuncional no necesita preparación, y en atención a esta particularidad, se desahoga desde luego, per se. (16).

4. Objeto de la prueba.

El objeto de la probanza "es aquello sobre lo que puede recaer la prueba." (17).

"El tema del objeto de la prueba busca una respuesta para la pregunta : qué se prueba, qué cosas deben ser probadas." (18).

La respuesta a la interrogante, antes enunciada, la aporta la legislación : "solo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho." Artículo 284 CPCDF.

A esto hay que añadir que también se prueba el derecho extranjero. (Artículo 284-bis CPCDF). Así como la jurisprudencia, doctrina o leyes de los Estados -en su caso-. Artículo 395 CPCDF.

Ahora bien en lo concerniente a los hechos, para que sean materia de prueba deben de tener las siguientes características :

- 1. Controvertidos, son aquellos sobre los cuales las partes se oponen respecto a su contenido. Artículos 289 y 298 del CPCDF.
- 2. Dudosos, o sea que se tenga incertidumbre sobre alguna de sus circunstancias : existencia, tiempo, modo, lugar, etcétera. Artículos 286 y 289 CPCDF.
- 3. Posibles, lo cual consiste en que se puedan realizar por alguien o por algo. (19).
- 4. Verosímiles, son los susceptibles de creerse.
- 5. Que la prueba del hecho no esté prohibida por la ley. Ejemplo : presunción absoluta.
- 6. Que no sea contraria al derecho o a la moral. Artículo 298 CPCDF.

16. Arellano García Carlos. "Práctica Forense Civil y Familiar." México, Ed. Porrúa S.A., 12ª edición, 1992, p. 282 y 284.

17. Torres Díaz Luis G. Ob. cit. p. 293.

18. Couture Eduardo J. Op. cit. p. 219.

19. Confronte con el artículo 1828 CCDF : "Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización."



Ahora bien en lo referente a la exclusión de las pruebas sobre acontecimientos imposibles y notoriamente inverosímiles, cabe señalar que la doctrina es discordante, ya que sostienen lo que sigue :

-1- Teorías a favor de la procedencia de la prueba.

a). Deben admitirse los elementos demostrativos atinentes a situaciones imposibles e increíbles, para evitar que el tribunal prejuzgue. (20).

b). Dadas las cosas tan fantásticas que en este siglo la humanidad ha presenciado se infiere que ya no se sabe ".....hasta dónde llega lo posible y comienza su contrario." (21).

-2- Doctrinas en pro de la restricción.

a). Existen sucesos milagrosos, sin embargo hay una enorme probabilidad de que el sujeto que lo sostenga incurra en falsedad o error, y si bien es cierto que algunos fenómenos en el pasado se hubieran tenido por irrealizables, siendo hoy día factibles, es preferible que la prohibición subsista, y que el juez tenga mucha modestia para eludir el yerro jurídico. (22).

b). Cuando se rinde una prueba que se opone a una ley natural, en realidad se está contradiciendo a una probanza mayor la científica, que es más digna de preferencia. (23).

Por otra parte, el derecho es objeto de prueba, en los siguientes supuestos :

-1. Que sea derecho extranjero. Artículo 284-bis CPCDF.

-2. Cuando se trate de jurisprudencia, si el juzgado lo exige.

-3. Doctrinas, a petición del tribunal exclusivamente.

-4. Leyes de los Estados, a solicitud del órgano jurisdiccional. Artículo 395 CPCDF.

Para finalizar conviene enunciar que el proceso consta de dos elementos : a. fácticos, y b. jurídicos, por lo general el derecho no es menester acreditarlo, salvo las excepciones antes aludidas, en virtud del principio *iura novit curia* -el tribunal conoce el derecho-, mediante el cual el órgano jurisdiccional puede y debe aplicar la ley correspondiente, aún supliendo o incluso corrigiendo los errores normativos que los litigantes hayan cometido, lo anterior se puede corroborar con la jurisprudencia que a la postre se citará. (24).

20. Arellano García Carlos. Op. cit: p. 228.

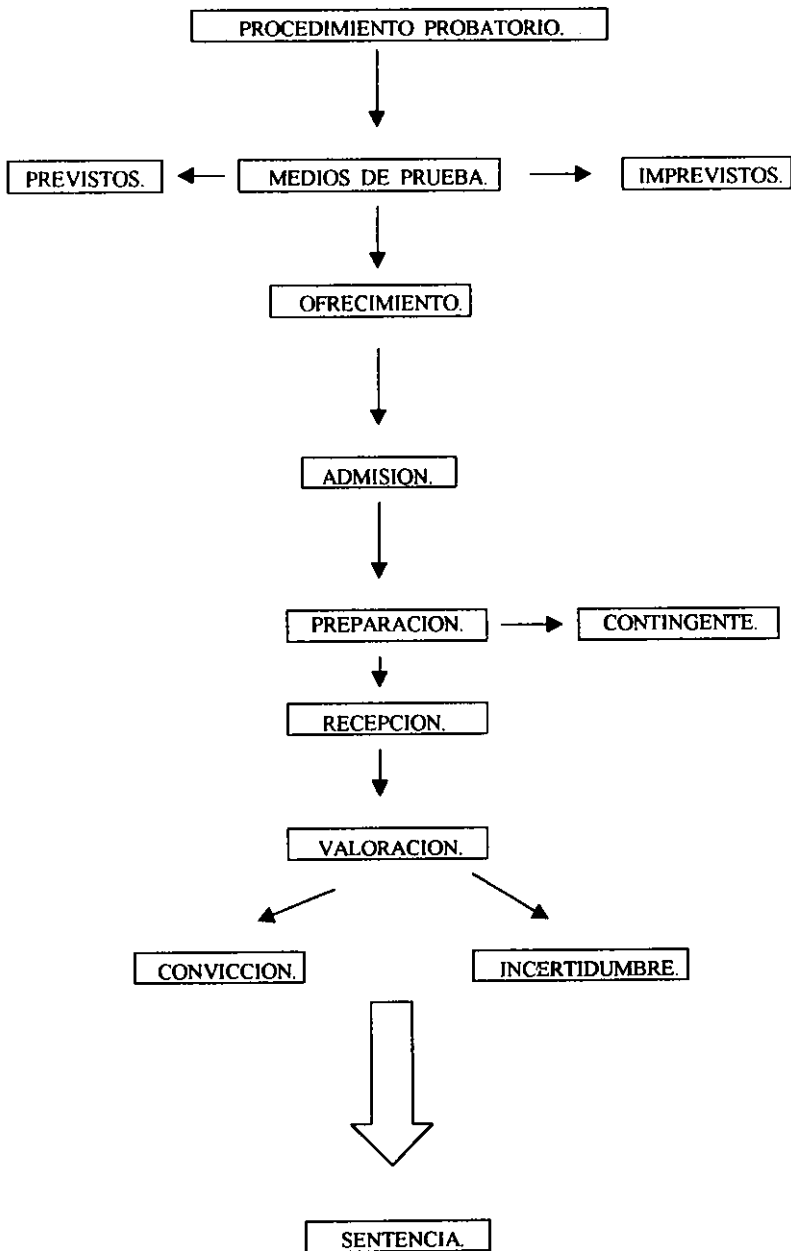
21. Pallares Eduardo. "Derecho Procesal Civil." México. Ed. Porrúa S.A., 10ª, edición, 1983. p. 364.

22. Moreno Cora S. "Tratado de Pruebas Judiciales en Materia Civil y en Materia Penal." México. Ed. Carrillo hnos., 1983. p. 68-71.

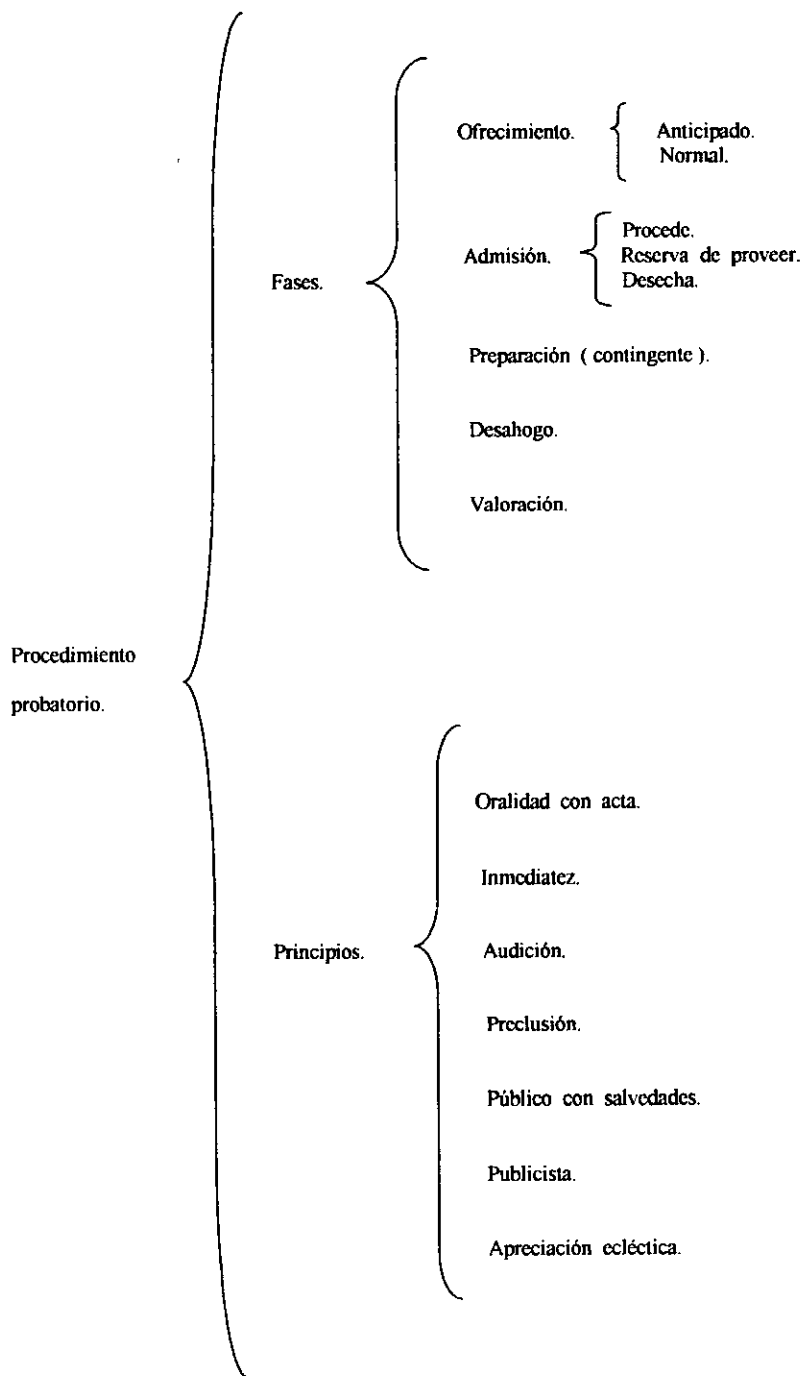
23. Dellepiane Antonio. "Nueva Teoría de la Prueba." Bogotá, Ed. Temis, 9ª, edición, 1989, p. 41

24. Falcón M. Enrique. "Cómo se ofrece y se Produce la Prueba." Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1993, p. 10.

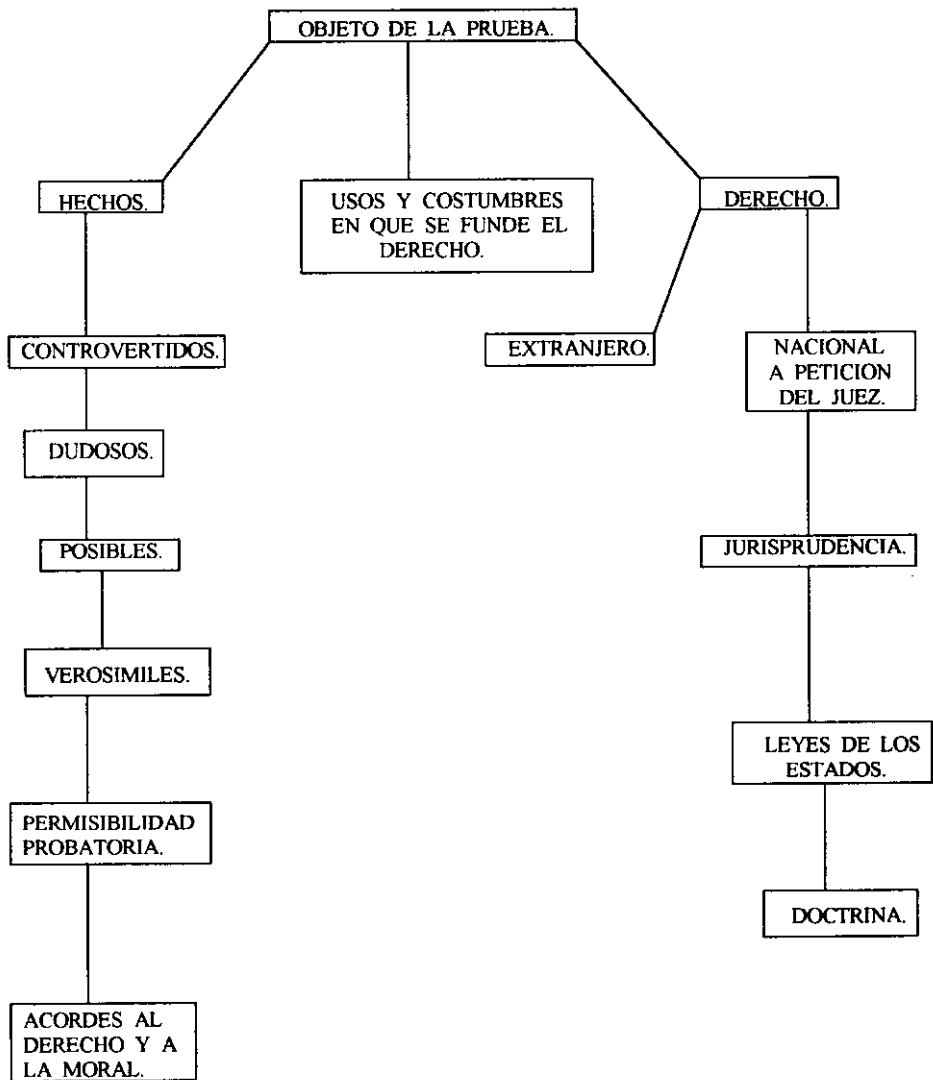
Diagrama del procedimiento probatorio en el juicio ordinario civil.



Cuadro sinóptico del procedimiento probatorio del juicio ordinario civil.



Esquema del objeto de la prueba.



#### IV. LA ONUS PROBANDI EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL.

##### 1. Concepto.

La onus probandi - carga de la prueba - es la necesidad jurídica en que se encuentran las partes de acreditar determinados hechos, si quieren lograr una sentencia a su favor. (1).

Existen ocasiones en que las pruebas son insuficientes para reconstruir con seguridad los hechos del proceso, entonces el juzgador, tiene una problemática para resolver el asunto, ya que en virtud de la incertidumbre puede cometer una injusticia, pues al no contar con datos suficientes "es imposible que de un fallo justo" (2), salvo una casualidad.

Sin embargo a pesar de la escasez de las probanzas, el juez ha de resolver el asunto por mandato constitucional ( artículo 17 ), entonces ante dicha carencia opera un subrogado de la prueba, al cual se le denomina la carga de la prueba, y que consiste en que ante la insuficiencia de las pruebas, ésta perjudica a una de las partes y beneficia a la otra. (3).

En conclusión "el juez debe acudir a las reglas sobre la carga de la prueba sólo cuando con los medios a su disposición no pueda reconocer la realidad de los hechos acerca de los que deba decidir, el mecanismo de la carga de la prueba es, precisamente, un expediente que se le ofrece para fijar en la sentencia los hechos desconocidos, es decir, no verificables con los medios y con las fuentes de prueba." (4).

##### 2. Distribución de la carga de la prueba.

El objetivo de distribuir la carga probatoria es para determinar quién ha de probar : el actor o el demandado, respecto a los hechos del debate. (5).

En lo concerniente a dicho prorratoo, la ley ordena que : "las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones." Artículo 281 CPCDF.

El precepto enunciado indica que tanto el actor como el demandado les atañe la carga de la prueba respecto a todos y cada uno de los hechos que hayan invocado en respaldo de sus correspondientes acciones y excepciones que hayan ejercitado. (6).

1. Pallares Eduardo. "Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 10ª, edición, 1983, p. 367.
2. E.V.C. Sociedad. "La Razón y la Fe." México, folleto número 21, p. 4.
3. Carnelutti Francesco. "Cómo se hace un Proceso." México, Ed. Colofón S.A., p. 109-110.
4. Carnelutti Francesco. "La Prueba Civil." Buenos Aires, Ed. Depalma, 2ª, edición, 1982, p. 219.
5. Couture Eduardo J. "fundamentos del Derecho Procesal." Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2ª, edición, vol. III, 1961, p. 240.
6. Arellano García Carlos. "Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A. 2ª, edición, 1987, p. 230.

La regla general es que tanto el actor como el sujeto pasivo, han de acreditar sus respectivas afirmaciones, es decir, el que asevera está bajo el gravamen de probar el hecho del cual quiere extraer consecuencias. (7).

De lo antes expuesto se infiere que el actor al afirmar en su demanda algún hecho constitutivo (acontecimiento previsto en la norma jurídica abstracta, a los que esta atribuye efectos jurídicos) lo ha de demostrar, y por lo referente al demandado si llega a sostener algún hecho extintivo o impeditivo en su ocursio de contestación lo ha de probar. (8).

Ejemplo : en un contrato de compraventa - hecho constitutivo - el actor ha de demostrar su existencia para lograr obtener el pago, en tanto que el demandado, por su parte, si llega a reconocer lo anterior pero agregando excepción de pago - hecho extintivo -, entonces se verá en la necesidad de hacer patente dicha cuestión.

### 3. Inversión de la onus probandi.

La regla general es que únicamente el que afirma hechos constitutivos, modificativos, extintivos o impeditivos ha de probar, sin embargo existen excepciones a dicha directriz, a las cuales se les conoce como inversión de la carga probatoria, en virtud de la cual el que niegue la existencia de aquellos acontecimientos es el que ha de acreditar dicha negación. (9).

La legislación vigente establece : "el que niega sólo será obligado a probar :

- I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;
- II. Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;
- III. Cuando se desconozca la capacidad;
- IV. Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción." Artículo 282 CPCDF.

Comentario :

- En lo que respecta a la fracción I, cabe decir que la expresión negativa es susceptible de hacerla afirmativa, cambiando la construcción de la frase, verbigracia : el demandado se exceptiona diciendo no debo, en términos positivos sería ya pagué.

7. Domínguez del Río Alfredo. "Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 1977, p. 170.
8. Becerra Bautista José. "El Proceso Civil en México." México, Ed. Porrúa S.A., 14ª, edición, 1992, p. 86.
9. Alsina Hugo. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial." Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2ª, edición, vol. III, 1961, p. 259.

- Cuando se desconoce la presunción legal, por ejemplo en un contrato de arrendamiento, en el cual no se describe el estado del bien arrendado; la ley presume en tal caso, que el inquilino la ha recibido en buen orden, entonces el arrendatario al sostener que no estaba en buenas condiciones, le corresponde demostrar la situación. ( Artículo 2443 CCDF ).

- Cuando se desconozca la capacidad; verbigracia : negar la capacidad de x para adquirir una herencia, diciendo que no fue viable. ( Artículo 1314 CCDF ).

- Un paradigma de la fracción cuarta, es el siguiente : en la acción reivindicatoria, el actor ha de acreditar que no es poseedor de la cosa cuya propiedad tiene. (10). Artículo 4 CPCDF.

En términos generales el precepto en análisis, ordena que -interpretado a contrari sensu- el litigante que afirme es el que tiene el peso probatorio, salvo las excepciones antes enunciadas. (11).

#### 4. Poderes del juzgador para allegarse pruebas.

Según la legislación adjetiva, el órgano jurisdiccional está facultado para recabar pruebas en los siguientes términos :

“Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin mas limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.” Artículo 278 CPCDF.

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

La doctrina designa a las diligencias, antes enunciadas como “para mejor proveer” o “para mejor resolver.” Y según Jaime Guasp, son actos de instrucción realizados por iniciativa del tribunal, para formar su propia convicción sobre la materia del pleito. (12).

10. Becerra Bautista José. Ob. cit; p. 88.

11. Ibídem. p. 84.

12. Guasp Jaime. “Derecho Procesal Civil.” Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 3ª edición, tomo 1, 1968, p. 327-328.

En lo concerniente a éstos artículos, existen tres tipos de opiniones divergentes, y que son :

- a). El proceso civil es a instancia de parte, por ende si por error, omisión u otra causa, alguna de las partes dejare de acreditar, entonces, el juzgador está imposibilitado para sanear la situación
- b). El órgano jurisdiccional al tener que ventilar un asunto dudoso, por deficiencia probatoria originada por cualquier litigante, está facultado para instrumentar las pruebas que estime necesarias, a fin de esclarecer la cuestión.
- c). Las partes son las que han de ofrecer y aportar las pruebas, dada la injerencia de la onus probandi, empero el tribunal puede mandar la praxis de medios probatorios en aquellos casos en que la ley le conceda esta atribución. (13).

Se considera que la última teoría es la mas cercana a la ley, en virtud de las siguientes reflexiones :

- Los litigantes han de observar las reglas de la carga probatoria. Artículos 281 y 282 CPCDF.
- El objetivo y procedencia de las diligencias es solventar la duda, de modo que si ya hubiere pruebas que convengan al juez, a ellas se deberá estar, solo cuando con las existentes haya obscuridad, entonces si ha lugar la prueba para mejor resolver.
- El juzgador al ordenar diligencias para mejor proveer, está facultado para practicar o ampliar los medios probatorios, empero se ha de someter a dos reglas :
  - 1. Oír a las partes, y
  - 2. Procurar en todo la igualdad de los litigantes.
- Por lo tanto el juez ha de atenerse solamente a las pruebas ofrecidas por las partes, y respecto de ellas mandar la ampliación, pues de otro modo, el juzgador contravendría la equidad, si el mismo ofreciera y desahogara pruebas diversas a las conjugadas en las piezas de autos, ya que se colocaría en el lugar de las contendientes, tratando de acreditar los hechos constitutivos de la acción o los impeditivos o extintivos de la excepción correspondiente. Siendo que el órgano jurisdiccional debe ser imparcial, según lo dispone el artículo 17 Constitucional. (14).
- El tribunal no ha de suplir la deficiencia de las partes en materia probatoria, y si alguna parte no rinde prueba alguna para justificar su acción o su excepción, ha de proceder a condenarlo en costas. - siempre y cuando exista discordia -, de acuerdo a lo previsto en la fracción I del artículo 140 del CPCDF.

13. Becerra Bautista José. Ob. cit; p. 91-92.

14. Arellano García Carlos. Op. cit; p. 216-219.



Cuadro sinóptico de la carga de la prueba en el juicio ordinario civil.

Facultades del juzgador ante la incertidumbre.

- 1. Pruebas para mejor proveer.
- 2. Condenar al gravado con la prueba.

Carga de la prueba.

a). Sistema  $\Rightarrow$  ordenamiento jurídico cerrado.

b). Principios.

- 1. A las partes les incumbe probar los hechos constitutivos de sus pretensiones.
- 2. Al afirmante le corresponde probar, salvo excepciones. \*

c). Inversión.\*

- Negativa que contenga una afirmación implícita.
- Desconocer una presunción legal.
- Negar la capacidad.
- Negativa esencial en la acción.

## V. JURISPRUDENCIA.

### I. Jurisprudencia en materia probatoria.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el t3pico demostrativo se puede clasificar en los siguientes rubros :

#### A. Confesi3n.

##### CONFESION FICTA.

La confesi3n t3cita, admite prueba en contrario, cuando sea producida por rebeld3a digase la falta de contestaci3n a la demanda o por abstenerse de comparecer a absolver posiciones. (1).

##### CONFESION. HA DE SER SOBRE HECHOS PROPIOS DEL ABSOLVENTE.

El reconocimiento ( expreso o ficto ) tiene eficacia plena siempre y cuando sea sobre situaciones f3cticas personales del que lo realice. (2).

##### CONFESION INDIVISIBLE.

Confesi3n calificada, es aquella en la cual el absolvente acepta la posici3n pero agregando circunstancias que le favorezcan; si los factores a3adidos son coet3neos, conexos y sean modalidad del primer hecho de manera que al separarse alteren las cosas, entonces el juzgador debe tomar el reconocimiento en su integridad sin dividirlo; faltando alguno de estos requisitos es adecuado fraccionarlo, ocasionando que el deponente tenga la necesidad de acreditar la objecci3n argüida por él, para desvirtuar la primera parte de su respuesta ya que en este caso es en su perjuicio. (3).

#### B. Instrumental.

##### COPIAS CERTIFICADAS.

La naturaleza jur3dica de estos documentos es p3blica, cuando hayan sido expedidas por las autoridades en ejercicio de sus funciones, empero si se trata del poder judicial adem3s deben ser autorizadas por el secretario del juzgado respectivo, bajo pena de nulidad. (4).

##### CERTIFICACIONES OFICIALES.

Carecen de valor todas las certificaciones realizadas por alg3n3rgano gubernamental que sean ajenas a su competencia. (5).

1. Ap3ndice al Semanario Judicial de la Federaci3n, 1985, Tercera Sala, tesis 102, p. 279.
2. Idem, tesis 103, p. 282.
3. Ibidem, tesis 104, p. 285.
4. Ap3ndice al Semanario Judicial de la Federaci3n 1985, Pleno y Salas, tesis 114, p. 176.
5. Idem, tesis 86, p. 136.

## DOCUMENTOS PUBLICOS.

Unicamente respaldan el acto principal que los motiva, descartando lo incidental o accesorio que se incorpore al instrumento. (6).

## VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS NO TIMBRADOS.

La eficacia demostrativa de los escritos, subsiste a pesar de la carencia del impuesto del timbre, ya que esto tan solo atañe al fisco y no a la validez de aquellos. (7).

## ACTUACIONES JUDICIALES.

Las actuaciones jurisdiccionales deben ser firmadas por el funcionario principal y enseguida por el secretario correspondiente, bajo pena de nulidad siendo inútiles para el tramite posterior. (8).

## VALOR EN JUICIO DE UNA DECLARACION HECHA EN UN INSTRUMENTO PUBLICO.

Cuando alguna deposición conste en documental pública, expedida por autoridad distinta de la judicial y sin audiencia de la contraparte, su valía es de naturaleza testimonial, por falta de observancia de las formalidades respectivas, por lo tanto no hace prueba plena. (9).

## ESCRITURAS PUBLICAS.

Su calidad probatoria es la que marca la ley, hasta en tanto no se demuestre su falsedad por medio de un juicio al respecto. (10).

## ESCRITURAS PUBLICAS.

La persona que demuestre mediante una escritura pública su propiedad sobre un inmueble tiene la presunción de que es poseedor del mismo, y para destruirla es menester emplear los medios legales. (11).

## DOCUMENTOS SIMPLES PROVENIENTES DE TERCERO, NO OBJETADOS.

Los instrumentos sencillos presentados en juicio como prueba por terceras personas, deben ser objetados oportunamente por los adversarios, pues en caso de omisión se entiende que existe una admisión tácita de los mismos, por falta de controversia del contenido de aquel, por ende el juez al valorar las pruebas debe tener en cuenta dicha cuestión, salvo prueba en contrario. (12).

6. *Ibidem*, tesis 132, p. 197.

7. *Ibidem*, tesis 90, p. 149.

8. *Ibidem*, tesis 27, p. 50.

9. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1985, Tercera Sala, tesis 119, p. 359.

10. *Idem*, tesis 145, p. 431.

11. *Ibidem*, tesis 147, p. 436.

12. *Ibidem*, tesis 132, p. 384.

#### DOCUMENTOS SIMPLES PROVENIENTES DE TERCERO, QUE SON OBJETADOS.

Los instrumentos sencillos presentados en juicio como prueba por algún tercero pierden su valía demostrativa al ser objetados por los interesados, en consecuencia el tercero tiene la necesidad de probar con otros medios el contenido del documento. Para ello es útil la ratificación del autor del mismo, empero se deben observar las formalidades de la testimonial al respecto para que la eficacia probatoria sea válida como un testimonio, de lo contrario será un reconocimiento singular carente de valor justificativo. (13).

#### CERTIFICACIONES OFICIALES.

Las constancias gubernamentales sobre asuntos ajenos a las funciones de la autoridad que las otorgo carecen de valimiento jurídico, no obstante se puede ofrecer como testigo al funcionario correspondiente, con arreglo a derecho. (14).

#### DOCUMENTOS BASE DE LA ACCION, COMO PRUEBAS EN EL JUICIO.

La documental exhibida como parte de la demanda, no es necesario ofrecerla en la etapa probatoria, ya que está implícita la voluntad desde el inicio del proceso, de que sea tenida en cuenta como elemento acrediticio. (15).

#### DOCUMENTOS PRIVADOS, EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA FIRMA DE LOS.

Existe la presunción relativa, de que un instrumento particular es auténtico, cuando la firma es reconocida por la persona a quien le afecte, a pesar de que haga objeción sobre el contenido adicional, por lo tanto para que prospere su replica le es menester probarla. (16).

#### DOCUMENTOS PRIVADOS EN MATERIA CIVIL.

La documental particular es menester objetarla por el interesado, para que no opere el reconocimiento ficto que en su caso solicite el adversario ante la inexistencia de pugna. (17).

#### DOCUMENTOS PRIVADOS, FECHA CIERTA DE LOS.

Se considera verdadera la data de un instrumento particular cuando han sido presentados a un registro público, ante un funcionario en razón de su oficio, o a partir de la fecha del óbito de cualquiera de los suscriptores. (18).

13. *Ibidem*, tesis 133, p. 386.

14. *Ibidem*, tesis 87, p. 210.

15. *Ibidem*, tesis 127, p. 375.

16. *Ibidem*, tesis 128, p. 375.

17. *Ibidem*, tesis 129, p. 376.

18. *Ibidem*, tesis 131, p. 379.

### C. Pericial.

#### PRUEBA PERICIAL, CARÁCTER COLEGIADO DE LA.

Para el perfeccionamiento de la pericial se requiere la existencia de dos o más dictámenes provenientes de diversos peritos, salvo que exista común acuerdo para someterse a la opinión singular de algún experto. (19).

Comentario : las reglas concernientes a la pericial sufrieron cambios importantes, en virtud del decreto publicado en el Diario Oficial de 24 de mayo de 1996, por lo cual esta prueba perdió la naturaleza colegial de antaño, siendo actualmente innecesaria la pluralidad de expertos ya que la legislación adjetiva en su artículo 347 fracción VI, da pábulo al dictamen singular. Por lo tanto esta jurisprudencia es contradictoria y obsoleta para el Distrito Federal, siendo aplicable a algunos Estados de la república, verbigracia el Estado de México - artículos 332 a 340 CPCEDOMEX -.

### D. Inspección judicial.

#### NOTARIOS. SU INTERVENCION EN MATERIA JUDICIAL.

Las inspecciones practicadas por notarios carecen de valor probatorio, a pesar de tener fe pública ya que rebasan sus funciones, además de no respetar el derecho de audición de la contraria, para manifestar lo que a su derecho e interés convenga. (20).

#### POSESION. NO PUEDE PROBARSE POR LA INSPECCION OCULAR.

El reconocimiento judicial es insuficiente para probar la posesión de un inmueble. (21).

### E. Testimonial.

#### TESTIGOS.

Para que el testimonio sea válido debe rendirse ante juez competente y observando las formalidades legales correspondientes. (22).

#### DIVORCIO. PRUEBA TESTIMONIAL DE PARIENTES, AMIGOS O DOMESTICOS.

Los familiares, las amistades y los fámulos son testigos idóneos especialmente en los juicios de divorcio, ya que ellos son los que tienen mejor conocimiento de las discordias conyugales. (23).

19. Ibidem, tesis 238, p. 665.

20. Ibidem, tesis 187, p. 563.

21. Ibidem, tesis 216, p. 628.

22. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1985, Pleno y Salas, tesis 325, p. 532.

23. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1985, Novena Parte, tesis 223, p. 359.

#### PROPIEDAD. PRUEBA DE LA.

Es inadecuada la testimonial para acreditar el dominio, ya que no es un hecho apreciable por los sentidos, sino un derecho. (24).

#### PRUEBA TESTIMONIAL, FORMALIDADES DE LA.

Para que tenga credibilidad el testimonio es menester que el interrogatorio evite sugerir o detallar respuesta alguna, máxime si con ello los deponentes se concretan a afirmar o negar, siendo que la información la deben proporcionar ellos mismos. (25).

#### TESTIGOS. APRECIACION DE SU DICHO.

La razón del dicho de los testigos, no debe concretarse a la aseveración de que les constan los hechos por haberlos visto u escuchado ya que es menester que precisen las circunstancias y los medios que les dieron posibilidad para percatarse de las cuestiones; por consiguiente es irrelevante que el adversario se haya abstenido de objetar esta deficiencia, para que el tribunal pueda valorar la probanza libremente, ya que la ley así lo facultad. (26).

#### TESTIGOS DEPENDIENTES ECONOMICAMENTE DE LA PARTE QUE LOS PRESENTA.

Las deposiciones de personas subordinadas por relación laboral al litigante que las presenta es digna de crédito, pues esta cualidad no necesariamente afecta su imparcialidad, por lo tanto el adversario debe indicar razones fundadas para desvirtuar los testimonios. (27).

#### TESTIGOS, DISCREPANCIAS ENTRE LOS.

Cuando exista concordancia testimonial en la esencia de los hechos sujetos a prueba y se presenten contradicciones secundarias que no alteren lo anterior, entonces subsiste la eficacia de la probanza. (28).

#### F. Presuncional.

#### COMPRAVENTA, PRUEBA DE LA.

Para acreditar la venta de algo no solo sirve la documental sino también la testimonial e incluso las presunciones. (29).

24. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1985, Tercera Sala, tesis 235, p. 662.
25. Ibidem, tesis 240, p. 669.
26. Ibidem, tesis 306, p. 864.
27. Ibidem, tesis 307, p. 868.
28. Ibidem, tesis 308, p. 868.
29. Ibidem, tesis 96, p. 268.

## PRESUNCIONES.

Esta prueba se logra mediante el concurso de varios elementos digase un hecho comprobado o indicio, un acontecimiento desconocido y un enlace causal íntimo y razonado que implique una conclusión muy natural. (30).

## PRESUNCIONES, DEBEN ESTUDIARSE DE OFICIO.

Basta que existan las presunciones para que el juzgador las examine per se, siendo innecesario el ofrecimiento de los litigantes al respecto, ya que su voluntad está implícita al proponer otros medios que tiendan a probar los hechos controvertidos, pues precisamente de las situaciones probadas el tribunal infiere las consecuencias. (31).

## SIMULACION, PRUEBA DE LA, MEDIANTE PRESUNCIONES.

Por lo general la prueba directa es inexistente en la simulación, por ello es más adecuada la presuncional. (32).

## PRUEBA PRESUNTIVA.

Es improcedente el amparo contra la apreciación de los tribunales del orden común, en tanto se hayan aplicado correctamente las reglas de este medio probatorio y se ajuste a la verdad fáctica correlativa. (33).

## DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE.

La demostración de la infidelidad de un cónyuge por medios directos es casi imposible, entonces debe admitirse la indirecta para lograrlo. (34).

## ARRENDAMIENTO, RESCISION POR SUBARRENDAR, PRUEBA PRESUNCIONAL.

La probanza del subarrendamiento por vía directa es muy difícil ya que los celebrantes ocultan dicho acto, por eso deben admitirse las presunciones para tal efecto. (35).

## G. Procedimiento probatorio.

### a). Valoración.

## PRUEBAS, FALTA DE ESTUDIO DE LAS.

El análisis de los medios demostrativos debe ser exhaustivo, ya que la omisión constituye una

30. Ibidem, tesis 228, p. 646.

31. Ibidem, tesis 229, p. 649.

32. Ibidem, tesis 276, p. 780.

33. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 294, p. 865.

34. Apéndice 1985, Novena Parte, tesis 207, p. 321.

35. Apéndice 1985, Tercera Sala, tesis 69, p. 173.

violación a las garantías individuales dando pábulo a la procedencia del amparo. (36).

#### PRUEBAS. APRECIACION DE LAS.

La ley concede expresamente facultad discrecional al órgano jurisdiccional para valorar las probanzas por ende no constituye por sí sola un atentado a los derechos fundamentales, sino que se requiere para ello que exista infracción evidente en la aplicación de las normas relativas a la prueba, en la fijación de los hechos, o que la ponderación conculque a la lógica. (37).

#### PRUEBAS. VALORACION DE LAS.

La legislación mexicana utiliza el sistema mixto para aquilatar la eficacia probatoria, en virtud del cual concede arbitrio relativo al juzgador respecto de algunas probanzas, tales como la testimonial, pericial y presuntiva, por ello la potestad es restringida a las reglas de la lógica, y al quebrantarlas ataca indirectamente a la ley, dando motivo para el amparo. (38).

#### ACTUACIONES PENALES, SU VALOR EN JUICIOS CIVILES.

Las copias certificadas concernientes a pruebas desahogadas ante un juez penal, tienen valía de meros indicios - siempre y cuando hayan sido ofrecidas, admitidas y recibidas en el juicio civil - en consecuencia deben ser tomadas en cuenta y apreciadas conjuntamente con los otros medios incorporados a la contienda. (39).

#### ESTADO CIVIL.

El estado civil se acredita exclusivamente con las actas del Registro Civil, salvo cuando no hayan existido registros, se hubieren perdido, se trate de probar la posesión constante de hijo nacido de matrimonio, etcétera. (40).

#### FACTURAS.

La naturaleza jurídica de las facturas es de índole particular - instrumento -, por lo que su eficacia es relativa tratándose de terceras personas, y es plena únicamente en correlación con la persona que la extendió. (41).

36. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1985, Pleno y Salas, tesis 230, p. 387.

37. Idem, tesis 225, p. 373.

38. Ibídem, tesis 224, p. 368.

39. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1985, Tercera Sala, tesis 22, p. 54.

40. Idem, tesis 148, p. 437.

41. Ibídem, tesis 153, p. 453.



## DIVORCIO. LAS CAUSALES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE.

En los divorcios necesarios las causales deben probarse enteramente, ya que el matrimonio es una institución de orden público, y solo por excepción la ley permite la disolución. (42).

## INFORMACION AD PERPETUAM, VALOR PROBATORIO DE LA.

La información ad perpetuam dirigida a acreditar un hecho o un derecho en la cual el único interesado es el promovente, carece de eficacia definitiva contra terceros, incluso no constituye una testimonial rendida conforme a derecho en un proceso jurisdiccional, pues ello implicaría una violación al procedimiento por atentar contra el principio de audiencia. (43).

## H. Objeto de la prueba.

### HECHOS NOTORIOS.

Notorio es aquello conocido por todos o el conocimiento que forma parte de la cultura normal en determinada clase social en la época en la que ocurre la resolución. (44).

## I. Carga de la prueba.

### ACCION, PRUEBA DE LA.

Al actor le incumbe probar los hechos constitutivos de su acción, de no hacerlo entonces ésta no puede prosperar, independientemente de que el demandado haya opuesto o no, excepciones y defensas. (45).

### PAGO O CUMPLIMIENTO, CARGA DE LA PRUEBA.

El pago de las obligaciones corresponde acreditarlo al sujeto pasivo, en consecuencia el actor está exonerado de probar el incumplimiento. (46).

### ACCION, ESTUDIO OFICIOSO DE SU IMPROCEDENCIA.

Es de orden público para la procedencia de la acción que se reúnan todos sus requisitos sustanciales, por lo tanto el tribunal per se puede examinar la existencia o deficiencia de aquellos a fin de resolver lo que corresponda. (47)

42. Apéndice 1917-1975, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 174, p. 530.

43. Apéndice 1985, Tercera Sala, tesis 161, p. 480.

44. *Ibidem*, tesis 155, p. 472.

45. *Ibidem*, tesis 4, p. 16.

46. *Ibidem*, tesis 202, p. 602.

47. *Ibidem*, tesis 3, p. 11.

#### ACCION PLENARIA DE POSESION.

En la acción publiciana al actor le incumbe probar los siguientes factores :

- 1- Que tiene justo título para poseer.
- 2- Que es de buena fe.
- 3- Que el demandado posee el bien a que se refiere el título.
- 4- Que es mejor el derecho del demandante, que el sostenido por el demandado para poseer. (48)

#### ACCION. PROCEDENCIA DE LA.

A las partes les corresponde alegar y probar los hechos, y al juez le atañe aplicar el derecho, por lo tanto, el actor debe expresar claramente la prestación exigida al sujeto pasivo y la causa de la misma, siendo innecesaria la denominación e incluso si incurre en error jurídico, el órgano jurisdiccional está facultado para determinar las disposiciones procedentes y no las que se citaron equivocadamente por el demandante. (49).

#### ARRENDAMIENTO, PRUEBA DEL PAGO DE LAS RENTAS.

En un juicio sobre rescisión de contrato de arrendamiento por falta de pago de rentas es suficiente que el actor acredite la existencia del mismo y que argumente que se le debe las pensiones para que procedan las acciones rescisorias como la de pago de todas las rentas desde la fecha del contrato, en tanto al inquilino le es menester probar que hizo los pagos, ya que de exigir tal prueba al arrendador equivaldría a gravarlo para demostrar una negativa; por otra parte el arrendatario al alegar que se abstuvo de ocupar el bien arrendado por todo el tiempo cuyo pago se le demanda, tiene la carga de probar tal cuestión. (50).

#### DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER.

El empleo de las pruebas para mejor resolver conserva incólume los derechos y defensas de los litigantes, asimismo las partes esenciales del procedimiento. (51).

#### DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER.

El actor tiene el gravamen probatorio respecto a los elementos de su acción, y al demandado le atañe los de su excepción, por lo tanto el tribunal al abstenerse de utilizar las medidas para me-

48. *Ibidem*, tesis 6, p. 18.

49. *Ibidem*, tesis 7, p. 22.

50. *Ibidem*, tesis 67, p. 169.

51. *Ibidem*, tesis 125, p. 372.

por resolver no viola las garantías individuales, ya que el juzgador tiene la facultad potestativa de recurrir a dichos medios. (52).

52. Ibidem. tesis 126. p. 372-373.

TERCERA PARTE : REPERCUSION DEL DERECHO PROCESAL ROMANO EN EL DERECHO ADJETIVO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

I. LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL ROMANO Y EN EL ORDEN JURIDICO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

I. Semejanzas entre la prueba romana y la vigente en el Distrito Federal.

Las similitudes existentes en las esferas normativas, aludidas con antelación, enseguida se enuncian - desde el enfoque de los rubros indicados - :

A. Concepto de prueba.

- La connotación del vocablo : prueba, implica una forma de convicción del juzgador. (1) Artículo 289 del CPCDF.

- Desde otro punto de vista, la probanza es un instrumento para averiguar la verdad. Artículo 278 del CPCDF, y C. 3. 1. 9.

B. Medios probatorios.

- Confesión. ( desde el punto de vista material ). D. 42.2.1, y artículos 266 y 274 del CPCDF.

- Interrogación del proceso extraordinario ya que coincide con la confesión formal del juicio ordinario civil del Distrito. D.11,1,21, y artículos 308 y 310 del CPCDF.

- Documental, en sus dos variantes : pública y privada. D.22.4.1, y artículos 327 y 334 del CPCDF.

- Testimonial. D.22.4.1,1, y artículo 356 CPCDF.

- Pericial. D.25.4.1, y artículo 346 CPCDF.

- Inspección judicial. D.34.32.5, y artículo 354 CPCDF.

- Presunciones, con sus respectivas especies : humana y legal - absoluta y relativa -. Artículos 379 a 383 del CPCDF. (2).

- Indicios. Artículo 289 CPCDF, en concordancia con el 341 del CCDF y C.4.19.25.

\* La enumeración precedente no es taxativa, ya que se permite la admisión de otros elementos diferentes, pero que aporten convicción o certidumbre al proceso. C.4.20.18.7, y artículo 289 del CPCDF. (3).

1. Rocco Hugo. "Tratado de Derecho Procesal Civil." Buenos Aires, Ed. Temis y Depalma, 1983, vol. I, p. 132.
2. Carames Ferro José M. "Instituciones de Derecho Privado Romano." Buenos Aires, Ed. Perrot, vol. I, 1963, p. 384.
3. Walter Gerhard. "Libre Apreciación de la Prueba." Bogotá, Ed. Temis, 1985, p. 14.

### C. Objeto de la prueba.

- Son materia de probanza los hechos controvertidos y dudosos, en cuanto al derecho, las normas locales. - En el Distrito Federal, cuando así lo requiera el juzgador -. Artículos 284, 284-bis, 286, 289, 298 y 395 del CPCDF. (4).

### D. Procedimiento probatorio.

- La etapa probatoria es contingente, ya que solo es necesaria cuando existe discordancia en las situaciones fácticas y/o jurídicas relativas al juicio, siempre y cuando el derecho sea tema de la prueba. Artículos 274, 276, 277, 284-bis, 298 y 395 del CPCDF. (5).

- El trámite probatorio es regulado por normas generales y particulares. (6)

- Las fases de la etapa probatoria en el proceso extraordinario y en el ordinario civil son cinco, y a continuación se enuncian :

-1- Ofrecimiento.

-2- Resolución (admisión y/o rechazo).

-3- Preparación - contingente -. Artículo 385 CPCDF.

-4- Recepción, (7) y

-5- Valoración.

- Los principios relativos al procedimiento probatorio son los siguientes :

a). Inmediatez. (ordo iudiciorum privatorum). Artículos 59 fracción II, 60 y 397 del CPCDF.

b). Oralidad, con levantamiento de acta correlativa. (cognitio extraordinem). Artículos 299, 319, 355, 368, 389, 392 y 397 del CPCDF. (8).

c). Audición, Artículo 299 CPCDF. (9).

d). Preclusión, Artículo 133 CPCDF. (10).

4. Arias Ramos y J.A. Arias Bonet. "Derecho Romano I." Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 17ª edición, 1984, p. 210.
5. Margadant S. Guillermo F. "El Derecho Privado Romano." México, Ed. Esfinge, 18ª edición, 1992, p. 168.
6. Alvarez Suárez Ursicino. "Curso de Derecho Romano." Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, tomo I, p. 437.
7. Margadant S. Guillermo F. Op. cit; p. 178.
8. Kaser Max. "Derecho Romano Privado." Madrid, Ed. Reus S.A., 2ª edición, 1952, p. 376 y 389.
9. Jörs Paul. "Derecho Privado Romano." Madrid, Ed. Labor S.A., 1965, p. 550.
10. Margadant S. Guillermo F. Ob. cit; p. 168.

- El mecanismo en particular de los medios de prueba en el proceso extraordinario y en el ordinario civil, son los siguientes :

A). Interrogatorio y confesión formal.

- Las partes se pueden cuestionar recíprocamente ante el tribunal. (11). Artículos 317 y 318 del CPCDF.

- El órgano jurisdiccional tiene potestad para formular preguntas a los litigantes. Artículo 318 CPCDF y C.3,19.

B). Instrumental.

- La documental para ser admitida debe relacionarse con algún punto litigioso. C.4,19,25, y los artículos 291 y 298 del CPCDF.

- Los contendientes pueden objetar la autenticidad de x documento, presentado al juicio. Artículo 340 CPCDF.

- Los documentos públicos tienen valor probatorio pleno. Artículo 403 CPCDF. (12).

C). Presunciones.

- La eficacia de la presunción iure et de iure es indiscutible, en tanto la iuris tantum, prevalece en tanto no sea descartada por algún medio probatorio. (13). Artículo 382 CPCDF.

D). Inspección judicial.

- Debe levantarse acta del examen. (14). Artículo 355 CPCDF.

E). Testimonial.

- Para recibir la declaración de algunas personas, es menester que se les oiga en su domicilio. (15). Artículo 358 CPCDF.

- Los testigos tienen la obligación de declarar. (16). Artículo 356 CPCDF.

- Para desahogar la testimonial, se les toma sus generales a los testigos. Artículo 363 CPCDF y D,22,5,3.

- El juzgador esta facultado para interrogar a los testigos. (17). Artículo 366 CPCDF.

11. Bacre Aldo. "Teoría General del Proceso." Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, tomo III, 1992, p. 639.

12. Scialoja Vittorio. "Procedimiento Civil Romano." Buenos Aires, Ed. EJE, 1954, p. 400.

13. Ninna Ponsa de la Vega de Miguens. "Manual de Derecho Romano." Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1981, p. 212.

14. Cuenca Humberto. "Proceso Civil Romano." Buenos Aires, Ed. EJE, 1957, p. 154.

15. Scialoja Vittorio. Op. cit; p. 395.

16. Kaser Max. Ob. cit; p. 389.

17. Scialoja Vittorio. Ob. cit; p. 395.

- Los adversarios pueden cuestionar a los deponentes. Nov. XC,2,9 y artículo 360 CPCDF.
- La recepción de la prueba puede realizarse fuera de la competencia territorial del tribunal, por medio de exhorto, cuando los testigos residan en aquella. Nov. XC,V, y artículo 362 CPCDF.
- Los testigos deben ser citados para declarar. (18). Artículos 120 y 357 CPCDF.
- El órgano jurisdiccional tiene facultad discrecional para limitar el número de testigos que deban declarar ante él. D.22,5,1,2 y artículo 298 CPCDF.

- Los testigos serán examinados en presencia de las partes - si asistieren -. (19). Artículo 392 CPCDF.

- Al deponente se le impele para que diga la verdad. Nov. XCIII,IX, y artículo 363 CPCDF.

#### E. La carga de la prueba.

- Al gravamen probatorio se le distingue como una necesidad jurídica. D.22,3,21, y artículos 281 y 286 del CPCDF.

- El órgano jurisdiccional del último estadio procesal romano y el mexicano actual, no les es permitido excusarse de fallar algún asunto. (20). Artículo 17 Constitucional.

- En la distribución de la onus probandi se trata generalmente a las partes con igualdad procesal. (21). Artículo 281 CPCDF.

- El ordenamiento jurídico, que regula el tópico del peso probatorio es cerrado. (22). Artículo 281 y 282 CPCDF.

- Es regla general que al afirmante le incumbe la prueba y que la negativa absoluta está exonerada de probanza alguna. D.22,3,2, y artículo 282 CPCDF. A este respecto los autores tales como Pallares, Domínguez y Becerra así lo sostienen, siendo en particular trascendente que él último de los indicados, para demostrarlo recurre a la interpretación en sentido contrario, ya que el precepto de referencia no establece literalmente la máxima en estudio, empero si alude a la negación ordenando que excepcionalmente sea probada - desde luego la relativa - en los casos previstos por él mismo. (23).

18. Kaser Max. Op. cit: p. 389.

19. Jörs Paul. P. 540.

20. Alamiro de Avila Martel. "Derecho Romano." Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2ª, edición, 1994, p. 229.

21. Domínguez del Río Alfredo. "Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 1977, p. 168.

22. Micheli Gian Antonio. "La Carga de la Prueba." Buenos Aires, Ed. EJE, 1961, p. 6 y 21.

23. Mateos Alarcón Manuel. "Las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal." México, Ed. Cardenas, 1971, p. 3-4.

- En lo concerniente a la inversión de la carga de la prueba, se tiene lo siguiente :

a). Tiene necesidad de probar aquel que sostenga una negativa que tenga implícita alguna afirmación. Artículo 282 fracción I del CPCDF, asimismo el derecho romano se orienta en esta forma ya que solo la negativa indefinida es la que está exenta de prueba. D,22,3,2. (24).

b). El gravamen probatorio recae sobre aquel que desconozca una presunción legal relativa, que tenga en su beneficio el adversario. Artículo 282 fracción II CPCDF. (25).

- El interés del Estado tanto romano como mexicano es que los juicios sean conforme a la verdad. (26). Artículos 278 y 279 del CPCDF.

## 2. Diferencias entre la prueba romana y la vigente en el Distrito Federal.

Las divergencias existentes en las esferas normativas, aludidas anteriormente, a continuación se mencionan - desde el enfoque de los rubros indicados - :

### A. Medios probatorios.

- En Roma se utilizaron algunas probanzas que el Código adjetivo del Distrito Federal, no las contempla en su regulación, y son las siguientes :

-1- Ordalías.

-2- Fama pública -derogado en el CPCDF -. (27).

-3- Juramento. Cabe aclarar que el derecho romano, le daba un nexo a esta institución con la religión bastante importante, a fin de combatir la mentira, por lo cual se procuraba que la presencia de Dios fuese indicada y provocada. En tanto el derecho procesal mexicano por mandato de la Ley Fundamental, proscribió cualquier vínculo de índole religioso con las funciones jurisdiccionales, por lo cual sustituye al terno con la protesta de decir verdad, con carácter laico, y en lugar de infundir temor por medio de lo divino emplea la amenaza de la sanción penal. Nov. XCVII, artículo 130 de la Constitución General de la República y artículos 308 y 363 del CPCDF.

- En el Distrito Federal se emplean algunas pruebas desconocidas por los romanos, y son las que a continuación se indican :

24. Moreno Cora S. "Tratado de Pruebas Judiciales en Materia Civil y en Materia Penal." México, Ed. Carrillo hermanos S.A., 1983, p. 89-93.

25. Micheli Gian Antonio. Op. cit. p. 22.

26. Cuenca Humberto. Ob. cit. p. 123.

27. Margadant S. Guillermo F. Op. cit. p. 146 y 170.



-1- Las científicas o técnicas, dígame fotografías, fotocopias, cintas cinematográficas, etcétera.

Artículos 373 a 375 del CPCDF.

B. Procedimiento probatorio.

- Principios.

Roma.	México.
-1- Dispositivo.	-1- Mixto : dispositivo y de oficio.
-2- Inquisitivo. *	-2- Publicista.
-3- Publicidad.	-3- Ecléctico : público y confidencial.
-4- Secreto. *	-4- Generalmente público.
-5- Libre apreciación.	-5- Sana crítica y tasado.

\* Cognitio extraordinem.

- Mecanismo de las pruebas en particular en el proceso extraordinario y en el ordinario civil :

- En términos generales el derecho romano no regulo los diversos medios de prueba con las reglas ciertas y precisas que se encuentran en la legislación adjetiva en vigor en el Distrito Federal. (28).

C. Carga de la prueba.

Facultades del juzgador ante la insuficiencia de pruebas (incertidumbre).	
Roma.	México.
-1- Non liquet.	-1- Pruebas para mejor proveer.
-2- Deferir juramento.	-2- Condenar al gravado con la prueba.
-3- Procedimiento consultivo.	
-4- Aplicación de los efectos de la carga.	

\*Observación : tanto en Roma como en el Distrito Federal existen las mismas consecuencias jurídicas de la carga de la prueba, dígame la pérdida del proceso.

a). Distribución.

- El ordenamiento jurídico en las leges acciones era abierto, mientras que el Código adjetivo del

28. Pina Rafael de y Castillo Larrañaga J. "Instituciones de Derecho Procesal Civil." México. Ed. Porrúa, 19ª edición, 1990, p. 294.

Distrito Federal es cerrado. (29). Artículos 281 y 282 CPCDF.

- El reparto de la carga de la prueba en el sistema formulario era regulado por la fórmula o contrato procesal, mientras que en el juicio ordinario civil, es inexistente dicha figura. (30).

- El proloquio de que al actor le incumbe la probanza, siendo el demandado sujeto activo en las excepciones, y en general está gravado el que sostenga objeción alguna, difiere del principio consistente en que “las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones” en las siguientes cuestiones :

-1- La máxima romana es muy amplia, mientras que la mexicana es más específica, ya que alude a situaciones fácticas generadoras, en tanto la primera abarca todo sin distinción alguna, de lo cual surge que contempla no solo a los hechos sino también al derecho cuando necesite ser probado, cuestión que es omitida en la segunda.

-2- La sentencia romana asimila al reo como actor en las excepciones, lo cual es mejorado en la otra directriz, ya que utiliza un vocablo común dígase : partes, evitando el manejo inadecuado de tecnicismos procesales.

-3- El aforismo mexicano emplea la palabra : pretensiones, siendo menester interpretarla de modo muy extensivo, pues de lo contrario no sería aplicable al demandado, ya que estrictamente la pretensión es utilizada por el actor, y por el sujeto pasivo exclusivamente en la reconvenición, por ende saldría sobrando las excepciones que son verdaderas contrapretensiones, luego entonces para el debido entendimiento del precepto en análisis, debe ser la expresión asimilada incluso a la excepción; frente a esta imperfección el derecho romano es superior, ya que emplea las voces pertinentes al caso.

b). Inversión.

- Según el derecho procesal del Distrito Federal tiene la carga de la prueba el que sostenga una negativa como elemento medular de su acción, mientras que el derecho romano no contempla este lineamiento sino tan solo algunos casos aislados, verbigracia en la acción por pago de lo indebido el actor necesita probar que no debe, solo cuando se reúnan algunas condiciones. D.22,3,25, y artículo 282 fracción IV del CPCDF.

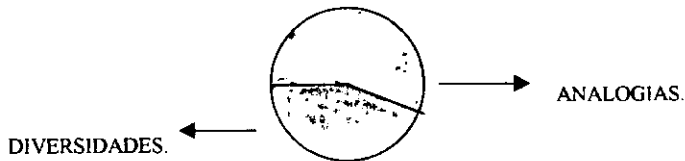
29. Lessona Carlos. “Teoría General de la Prueba en Derecho Civil.” Madrid, Ed. Reus, tomo 1, 1957, p. 123-124.

30. Jörs Paul. Op. cit; p. 530.

c). Poderes del juzgador para allegarse pruebas.

El órgano jurisdiccional romano en un principio estaba a merced de las pruebas que le aportaran exclusivamente - instancia de parte -, a la postre el mismo podía procurarse las probanzas de modo absoluto - de oficio -. (31). A diferencia de lo anterior el aparato de administración de justicia del Distrito Federal tiene un sistema sui generis, ya que tiene el principio dispositivo, pero dando pábulo al tribunal para investigar de oficio para combatir la incertidumbre empero sus atribuciones son relativas ya que debe respetar el derecho e igualdad procesal. Artículos 278, 279, 318 y 366 del CPCDF.

Por último cabe señalar que las diferencias existentes en torno del tópic probatorio entre las esferas jurídicas de Roma y de México son minoritarias, en tanto el influjo del primero hacia el otro es considerable ya que representa aproximadamente un 60 %.



31. Vescovi Enrique. "Teoría General del Proceso." Bogotá, Ed. Temis, 1984, p. 26.

## CONCLUSIONES.

Se considera pertinente que sean incorporados al derecho procesal vigente en el Distrito Federal, los siguientes supuestos :

-1- Que el tribunal expida a las partes obligatoriamente, copias certificadas de la audiencia de recepción probatoria, tan pronto concluya dicha actuación, sin requerir resolución judicial previa, ni vista a la contraria, dejando a disposición del rebelde su juicio correlativo, en el archivo del juzgado.

-2- Que toda persona que tenga injerencia en el desahogo de pruebas, acredite previamente al acto de referencia su identidad, salvo el personal meramente administrativo, bajo pena de rechazar su comparecencia, mediante lo siguiente :

I. Con algún instrumento fehaciente ( pasaporte, cartilla militar, credencial para votar, etcétera ).

II. A falta de lo anterior, con dos testigos debidamente documentados.

Nota : que se permita a todos los sujetos procesales interrogar a los testigos - fracción II - para constatar su eficacia, observando los artículos 363 y 364 del CPCDF.

-3- Que el órgano jurisdiccional sea el que designe a los peritos correspondientes, y que éstos dictaminen en forma colegiada ( tres expertos, salvo los casos de cuantía menor ) dando su diagnóstico por unanimidad o mayoría de votos. Siendo devengados los honorarios respectivos por el Estado.

-4- Que se suprima la negativa de admisión de pruebas sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, prevista por el artículo 298 del CPCDF.

-5- Que el rubro de la sección II "De la confesión" del capítulo IV, del título sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal sea sustituido por el de prueba de posiciones. Asimismo los artículos correlativos que utilicen ese nominativo inadecuamente.

-6- Que la prueba de posiciones se verifique fuera de la sede del juzgado, cuando el deponente tenga impedimentos serios y determinantes para asistir a aquél, previa demostración de éstos, y que el lugar para practicar la probanza sea propio para ello.

-7- Que todos los sujetos procesales estén facultados para cuestionar al testigo respecto a cualesquier circunstancia conducente a la ponderación de su veracidad, en consecuencia este examen se practicara en audiencia privada -exclusivamente podrán estar el testigo que va a declarar, las partes, sus abogados, el juez y el secretario -, y a efecto de proteger la intimidad del deponente

se observara lo siguiente :

- a). El acta levantada será guardada en la caja de seguridad del juzgado, y
- b). Al inicio de la audiencia el juzgador hará saber a los asistentes que todos tienen el deber de guardar en secreto lo que perciban en la misma.

-8- Que la testimonial se reciba en una sola audiencia, salvo cuando ambos litigantes hayan presentado varios testigos y las actividades jurisdiccionales no permitan llevarlo a efecto, entonces en un día determinado se recibirá totalmente las deposiciones de los sujetos propuestos por el actor y en otro se desahogara los del demandado plenamente, sin excusa alguna, señalando para ello la primera hora de labores del juzgado y de ser necesario prolongar el horario de trabajo hasta finalizar la recepción correspondiente.

-9- Que se asienten literalmente en el acta correlativa, tanto las preguntas y repreguntas planteadas al testigo, así como las respuestas que el deponente rinda respecto a ellas.

## BIBLIOGRAFIA.

1. Adip Amado. "Prueba de Testigos y Falso Testimonio." Buenos Aires. Ed. Depalma, 1995, p. 237.
2. Alamiro de Avila Martel. "Derecho Romano." Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2ª. edición, 1994, p. 235.
3. Alcalá Zamora y Castillo Niceto. "Proceso. Autocomposición y Autodefensa." México, Ed. UNAM, 3ª. edición, 1991, p. 314.
4. Alsina Hugo. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial." Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2ª. edición, volumen III, 1961, p. 716.
5. Alvarez Suárez Ursicino. "Curso de Derecho Romano." Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, tomo I, 1955, p. 619.
6. Alvarez Suárez Ursicino. "Horizonte Actual del Derecho Romano." Madrid, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1944, p. 497.
7. Arangio Ruiz, Vincenzo. "Las Acciones en el Derecho Privado Romano." Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1945, p. 146.
8. Arangio Ruiz, Vincenzo. "Instituciones de Derecho Romano." Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, p. 682.
9. Arellano García Carlos. "Práctica Forense Civil y Familiar." México, Ed. Porrúa S.A., 12ª. edición, 1992, p. 838.
10. Arellano García Carlos. "Teoría General del Proceso." México, Ed. Porrúa S.A., 3ª. edición, 1989, p. 472.
11. Arellano García Carlos. "Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 2ª. edición, 1987, p. 700.
12. Arias Ramos y J.A. Arias Bonet. "Derecho Romano I." Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 17ª. edición, 1984, p. 527.
13. Bacre Aldo. "Teoría General del Proceso." Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, tomo III, 1992, p. 639.
14. Balagué Doménech José C. "La Prueba Pericial Contable en las Jurisdicciones Civil y Penal." Barcelona, Ed. Bosch S.A., 2ª. edición, 1989, p. 222.
15. Becerra Bautista José. "El Proceso Civil en México." México, Ed. Porrúa S.A., 14ª. edición, 1992, p. 825.
16. Biscardi Arnaldo. "Temas de Derecho Romano." Barcelona, Ed. Bosch S.A., 1987, p. 81.
17. Bonet y Navarro Angel. "La Prueba de Confesión en Juicio." Barcelona, Ed. Bosch S.A., 1979, p. 355.
18. Bonfante Pedro. "Instituciones de Derecho Romano." Madrid, Ed. Reus, 5ª. edición, 1979, p. 711.
19. Burgoa Orihuela Ignacio. "Las Garantías Individuales." México, Ed. Porrúa S.A., 22ª. edición 1989, p. 772.
20. Carames Ferro José M. "Instituciones de Derecho Privado Romano." Buenos Aires, Ed. Perrot, volumen I, 1963, p. 428.
21. Carnelutti Francesco. "Como se hace un Proceso." México, Ed. Colofón S.A., 1989, p. 143.
22. Carnelutti Francesco. "Instituciones del Proceso Civil." Buenos Aires, Ed. EJEJA, volumen I, 5ª. edición, 1973, p. 557.
23. Carnelutti Francesco. "La Prueba Civil." Buenos Aires, Ed. Depalma, 2ª. edición, 1982, p. 273.
24. Chiovenda, José. "Principios de Derecho Procesal Civil." Madrid, Ed. Reus, tomo I, 1972, p. 751.
25. Couture Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil." Buenos Aires, Ed. Depalma, 3ª. edición, 1993, p. 524.
26. Cuenca Humberto. "Proceso Civil Romano." Buenos Aires, Ed. EJEJA, 1957, p. 413.
27. Dellepiane Antonio. "Nueva Teoría de la Prueba." Bogotá, Ed. Temis, 9ª. edición, 1989, p. 161.
28. Devis Echandía Hernando. "Compendio de Pruebas Judiciales." Argentina, Ed. Rubinzal, tomo II, 1984, p. 380.
29. "La Biblia." España, Ed. Paulinas y Verbo Divino, 6ª. edición, 1990, p. 1804.
30. Döhring Erich. "La investigación del estado de los hechos en el proceso." Buenos Aires, Ed. EJEJA, 1986, p. 490.

31. Domínguez del Río Alfredo "Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 1977. p. 473.
32. Dosi Ettorc. "La Prueba Testimonial." Bogotá, Ed. Temis, 1986, p. 131.
33. Eisner Isidoro. "La Prueba en el Proceso Civil." Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1992, p. 140.
34. Falcón M. Enrique. "Cómo se Ofrece y Produce la Prueba." Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot 1993, p. 20.
35. Falcón Enrique y Jorge Rojas. "Cómo se hace un Alegato." Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot 1994, p. 110.
36. Gómez Iglesias Casal Angel. "Citación y Comparecencia en el Procedimiento Formulario Romano." España. Ed. Santiago de Compostela, 1984, p. 196.
37. Guasp Jaime. "Derecho Procesal Civil." Madrid. Ed. Instituto de Estudios Políticos, 3ª edición, volumen I, 1968, p. 606.
38. Gutiérrez Alviz Faustino. "Diccionario de Derecho Romano." Madrid. Ed. Reus, 3ª edición, 1982, p. 719.
39. Hernández López Aarón. "El Procedimiento Civil." México. Ed. Porrúa S.A., 3ª edición, 1995, p. 371.
40. Iglesias Juan. "Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado." Barcelona, Ed. Ariel S.A 7ª edición, 1982, p. 774.
41. Jörs Paul. "Derecho Privado Romano." Madrid. Ed. Labor S.A., 1965, p. 559
42. Kaser Max. "Derecho Romano Privado." Madrid. Ed. Reus S.A., 2ª edición, 1982, p. 421.
43. Lessona Carlos. "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil." Madrid, Ed. Reus, tomo I, 1957, p. 637.
44. Lessona Carlos. "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil." Madrid, Ed. Reus, tomo II 1960, p. 601.
45. Margadant S. Guillermo F. "El Derecho Privado Romano." México. Ed. Esfinge, 18ª edición, 1992, p. 530.
46. Martínez Pineda Angel. "Filosofía Jurídica de la Prueba." México. Ed. Porrúa S.A., 1995, p. 252.
47. Mateos Alarcón Manuel. "Las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal." México. Ed. Cárdenas, 1971, p. 433.
48. Micheli Gian Antonio. "La Carga de la Prueba." Buenos Aires, Ed. EJE, 1961, p. 591.
49. Micheli Gian Antonio. "Curso de Derecho Procesal Civil." Buenos Aires, Ed. EJE, volumen I, 1970, p. 350.
50. Moreno Cora S. "Tratado de Pruebas Judiciales en Materia Civil y en Materia Penal." México. Ed. Carrillo, 1983, p. 645.
51. Ninna Ponssa de la Vega de Miguens. "Manual de Derecho Romano." Buenos Aires, Ed. Universitaria, 1981, p. 216.
52. Oderigo Mario N. "Sinopsis de Derecho Romano." Buenos Aires, Ed. Depalma, 6ª edición, 1982, p. 555.
53. Ors Alvaro de. "Derecho Privado Romano." Pamplona, Ed. Universidad de Navarra S.A., 8ª edición, 1991, p. 635.
54. Pallares Eduardo. "Tratado de las Acciones Civiles." Ed. Porrúa S.A., 4ª edición, 1981, p. 646.
55. Pallares Eduardo. "Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 10ª edición, 1983, p. 684.
56. Parra Quijano Jairo. "Tratado de la Prueba Judicial." Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 3ª edición, tomo I, 1988, p. 218.
57. Petit Eugenc. "Derecho Romano." México, Ed. Porrúa S. A., 9ª edición, 1992, p. 717.
58. Pietro Alfredo di y Angel E. Lapieza Elli. "Manual de Derecho Romano." Buenos Aires, Ed. Depalma, 4ª edición, 1992, p. 486.
59. Pina Rafael de y Castillo Larrañaga José. "Instituciones de Derecho Procesal Civil." México, Ed. Porrúa S.A., 19ª edición, 1990, p. 546.
60. Pina Rafael de. "Tratado de las Pruebas Civiles." México, Ed. Porrúa S.A., 2ª edición, 1975, p. 274.
61. Rocco Ugo. "Tratado de Derecho Procesal Civil." Buenos Aires, Ed. Temis, volumen I, 1983, p. 411.
62. Santo Victor de. "El Proceso Civil." Buenos Aires, Ed. Universidad, tomo II, 1988, p. 736.
63. Scapini Nevio. "La Confessione nel Diritto Romano." Torino, Ed. Giappichelli, volumen I, 1973, p. 289.

64. Scialoja Vittorio. "Procedimiento Civil Romano." Buenos Aires, Ed. EJEA, 1954, p. 551.
65. Söhm Rodolfo. "Instituciones de Derecho Privado Romano." México, Ed. Gráfica Panamericana S de R.L., 1951, p. 414.
66. Stein Friedrich. "El Conocimiento Privado del Juez." Bogotá, Ed. Temis, 2ª. edición, 1988, p. 233.
67. Torres Díaz Luis G. "Teoría General del Proceso." México, Ed. Cárdenas, 1987, p. 377.
68. Vescovi Enrique. "Teoría General del Proceso." Bogotá, Ed. Temis, 1984, p. 352.
69. Walter Gerhard. "Libre Apreciación de la Prueba." Bogotá, Ed. Temis, 1985, p. 413.
70. Witthaus Rodolfo E. "Prueba Pericial." Buenos Aires, Ed. Universidad, 1991, p. 228.

#### FUENTES.

##### A. DERECHO ROMANO.

1. "Institutas", Gaius, la Plata, Ed. Librería jurídica, 1967, p. 385.
2. "El Digesto de Justiniano." Ors Alvaro de, Pamplona, Ed. Arazandi, tomo I, 1968, p. 736.
3. "El Digesto de Justiniano." Ors Alvaro de, Pamplona, Ed. Arazandi, tomo II, 1972, p. 740.
4. "El Digesto de Justiniano." Ors Alvaro de, Pamplona, Ed. Arazandi, tomo III, 1975, p. 883.
5. "Cuerpo del Derecho Civil Romano." García del Corral, Barcelona, Ed. Lex Nova, tomo V Código, 1985, p. 700.
6. "Cuerpo del Derecho Civil Romano." García del Corral, Barcelona, Ed. Lex Nova, tomo VI Novelas y Constituciones, 1898, p. 711.

##### B. DERECHO MEXICANO VIGENTE.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Porrúa S.A., 1997.
2. Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa S.A., 1997.
3. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Ed. Porrúa S.A., 1994.
4. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México. Ed. Sista S.A., 1994.
5. Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación. 24 de mayo de 1996.
6. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1975, Cuarta Parte, Tercera Sala.
7. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1985, Pleno y Salas.
8. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1985, Tercera Sala.
9. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1985, Novena Parte.

#### HEMEROGRAFIA.

1. "Cultura una Lucha de Sangre a Sangre." Excelsior, México, 3 de marzo de 1998, p. 10-A y 29-A.
2. "La Razón y la Fe." E.V.C. Sociedad, México, folleto número 21, p. 32.