

360609  
1/6  
24



**UNIVERSIDAD LA SALLE**

**ESCUELA DE DERECHO**

**INCORPORADA A LA U. N. A. M.**

**LA PRUEBA EN EL DERECHO MERCANTIL**

**TESIS PROFESIONAL**

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

**P R E S E N T A**

**FRANCISCO JAVIER DE LA TORRE LOBERA**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.

1987



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **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 está 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.

# I N D I C E

INTRODUCCION . . . . .	I
CAPITULO I. CONCEPTO DE PRUEBA . . . . .	Pág. 1
1.1. Derecho Romano . . . . .	" 19
1.2. Derecho Francés . . . . .	" 23
1.3. Derecho Español . . . . .	" 27
1.4. Derecho Argentino . . . . .	" 31
CAPITULO II. LA PRUEBA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO . . . . .	" 38
2.1. Confesional . . . . .	" 45
2.2. Testimonial . . . . .	" 59
2.3. Documental . . . . .	" 64
2.4. Pericial . . . . .	" 69
2.5. Presuncional . . . . .	" 78
2.6. Reconocimiento o Inspección Judicial . . . . .	" 80
2.7. Fama Pública . . . . .	" 82
CAPITULO III. LA PRUEBA EN EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO . . . . .	" 85
3.1. Confesional . . . . .	" 86
3.2. Testimonial . . . . .	" 97
3.3. Documental . . . . .	" 108
3.4. Pericial . . . . .	" 111
3.5. Presuncional . . . . .	" 118
3.6. Reconocimiento o Inspección Judicial . . . . .	" 120
3.7. Fama Pública . . . . .	" 121
CAPITULO IV. PROYECTO DE REFORMAS PROPUESTO EN MATERIA DE PRUEBA AL CODIGO DE COMERCIO . . . . .	" 123

CONCLUSIONES . . . . . Pág. 124

BIBLIOGRAFIA . . . . . " 141

INDICE

## INTRODUCCION

Es superfluo ilustrar el grado de sucesión de fenómenos jurídicos en la vida cotidiana, de la simple observación, de que un individuo, tiene necesariamente que ver con otros individuos o con el Estado y que en ocasiones, sin saberlo ni sospecharlo entra en relaciones, las cuales en razón de su cualidad o distinción se deben llamar precisamente relaciones de derecho o jurídicas, se deduce un sujeto de derecho; es decir, se convierte en integrante de la vida del derecho; en la medida que ese sujeto se precie de tener un derecho o porque está subyugado a un derecho, técnicamente expresado, el primer concepto se refiere al llamado derecho subjetivo, aquel individuo investido de potestad y pretensión para ejercer un derecho; y el segundo, al sujeto sometido a un derecho, se le denomina derecho objetivo, dominado en cuanto a que éste último prescribe deberes, ordena, organiza, circunscribe esferas de actividad, distribuye finalidades, a través de reglas imperativas ó normas de conducta.

Propiamente, para que exista un ordenamiento jurídico, es necesario también que éste se encuentre preparado para perdurar en el tiempo, a tener una continuidad de eficacia; particularmente, la norma jurídica, toma en consideración tanto intereses individuales como colectivos o de grupo, su función es coordinadora de todos, aún cuando también compone los posibles conflictos nacidos de las naturales controversias entre los sujetos de derecho. Así tenemos que el Derecho se presenta como un fenómeno natural, creado por necesidades de la sociedad humana y dirigido a ésta y obligada a observarlo, asimismo, se muestra como fiel reflejo de la utilidad, vigencia o eficacia del ordenamiento jurídico que la regula; se dice que el grado de civilización es directamente

proporcional al de validez de un ordenamiento jurídico; consecuentemente, si la fuerza generadora de éste, la que contiene la norma y la hace valer, no se conduce en favor de la conciencia social ó voluntad general, construyendo un ordenamiento perfectible a la evolución de la sociedad misma, definitivamente no se obtendría más que un derecho rudimentario que jamás será observado por sus destinatarios.

Con el estudio histórico practicado, pretendo reafirmar -- que los hombres se han preocupado desde un principio en dirimir las diferencias individuales de la mejor manera, cuando advirtieron que la supuesta justicia de propia mano traía peores consecuencias y resultados -- que los perjuicios de lo reclamado, ya que siempre han existido individuos que pretenden alcanzar bienes que no les corresponden, ó porque no otorgan el debido respeto a lo ajeno, en fin, pretensiones fundadas ó in fundadas. Así tenemos que las formas de solución intentadas se encuentran como no satisfactorias y se insiste en la búsqueda de la medida definitiva de organización jurídica, de la justicia de propia mano se crea ron entes facultados a dirimir conflictos sobre la idea de "dar a cada -- quien lo que le corresponde" hasta donde fuera posible.

He comprendido hasta aquí la forma en que se ha manifestado el interés del hombre por ordenar sus relaciones y así realizar sus -- actos y conseguir sus finalidades; de la misma manera natural en que se -- dió, surgió la idea de dar curso a sus actos, de sistematizar su inter -- vención en la vida jurídica, es decir, la constitución y declaración de -- sus derechos subjetivos a través de un método que obligue a todos: el -- proceso jurídico. Este contiene variantes según se muestre, porque pue -- de encontrarse un proceso jurídico legislativo, en la producción de nor -- mas, un proceso jurídico administrativo en cuanto a otorgamiento de con --

cesiones, regularización de fraccionamientos, un proceso jurídico tributario, pero el proceso jurídico por excelencia es el que se presenta ante órganos jurisdiccionales que atienden una función primordial: impartir justicia.

Lo anterior, marca el inicio del funcionamiento de tribunales ó de jueces que, en aplicación de normas escritas ó no de derecho, tutelaban los derechos de aquellos a quienes asistía la razón, es decir en aplicación de las normas objetivas de derecho, proteger a aquel a quien tenga razón en sus derechos subjetivos.

Con el desenlace del análisis se establecerá como idea absoluta, la imperiosa necesidad de actualizar, modificar o reformar constantemente, no en función de períodos distribuidos orgánicamente, sino del constante transcurso de fenómenos y datos sociales políticos y económicos significativos del desarrollo de una sociedad, el ordenamiento jurídico para ésta última destinado.

Por otra parte, la urgencia de las reformas sugeridas, se mantiene si entendemos que en toda demanda y contestación hay afirmaciones tanto de derecho como de hecho, por lo que es indiscutible que la prueba se postula como una necesidad para la justificación de tales afirmaciones.

Los medios de prueba dispuestos por la Ley, proporcionan al abogado litigante la facultad de poder demostrar tanto el derecho como el hecho, dejar establecidos los principios generales de la legislación aplicable al conflicto, porque según la máxima "DE VERITATE MATOISQUAM DE VICTORIA, SOLLICITI ESSE DEBENT CAUSARUM PATRONI", (Los defensores de las causas deben andar más solícitos de la verdad que del tiempo).

Se ha olvidado el echar a andar el proceso legislativo en cuanto a crear nuevas fórmulas jurídicas dirigidas al Código de Comercio, me concreto a proponer las necesarias en cuanto a la prueba, elemento indispensable de convicción en la búsqueda de la verdad.

Expedido en virtud del decreto del 4 de junio de 1887, por el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Porfirio Díaz, - publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 7 al 13 de octubre de 1889, hace 95 años que este importante ordenamiento entró en vigencia y ha sido completamente ignorado por cuanto a su capítulo relativo a la prueba, no obstante debió haber sido modificado para adaptarse a la realidad jurídica, social y económica de la Federación.

Así este estudio comprende cuatro capítulos, en el primero se refieren las variantes del concepto de prueba en el D. Romano, en el D. Francés, Español y Argentino, para comprender la génesis histórica de dicha figura jurídica; en el segundo capítulo, del estudio de los conceptos generales de prueba aplicados en derecho civil se deslindarán, a partir de los sujetos a que obliga cada ordenamiento, los utilizados para resolver conflictos motivados por actos comerciales en cuanto que aquellos son supletorio del segundo. Por su parte el capítulo tercero, concreta el objeto de esta tesis, apuntando las deficiencias legislativas correspondientes que obstinadamente han permanecido.

Finalmente, sugiero un proyecto de reformas en materia de prueba al Código de Comercio, encaminado a mostrar las modificaciones no sólo necesarias, sino urgentes que reclama el Código mencionado, ya que en relación a dicho capítulo de pruebas, la existencia de términos inadecuados, no contribuirán ciertamente, a resolver un problema, a hacer eficaz una hipótesis normativa, a señalar el camino de la verdad, en la re-

solución de litigios sino que, por el contrario, serán siempre, como han sido, causa de atraso y confusión y es que siendo la Ciencia del Derecho eminentemente humana y esté perfectible, el desarrollo debe ser directamente proporcional, a efecto de una eficiente y eficaz impartición de -- justicia.

## CAPITULO I

## CONCEPTO DE PRUEBA

Al examinar el concepto de prueba, no sólo conviene sino - se exige por una necesidad derivada de la propia naturaleza del Derecho, el estudio del lenguaje propio de esta ciencia, así que procederé a exponer, a mi juicio, las más significativas concepciones que no impidan comprender el espíritu de la prueba y así conseguir la interpretación más - fiel de tal figura, conteniendo dentro de ésta su naturaleza jurídica, - es decir, la expresión del sentido jurídico al relacionar lo escrito con lo pensado, la forma con el fondo sin apartarme jamás de los principios - del Derecho.

Del nacimiento de los conflictos de intereses, ya por in-- cumplimiento ó violación, surge la idea de la tenencia de un derecho y - con ésta la facultad y pretensión de hacerlo valer para la consecución - de un provecho en cuanto a derechos; paralelamente al ejercicio de dicha potestad se da el inicio de un proceso jurídico, instrumento autorizado - para la aplicación de lo mandado por la Ley, medio que urge el fundar -- convicción en el juzgador respecto de la veracidad de los hechos plantea dos por cada uno de los contendientes y así absolver ó condenar, según - la máxima de Godofredo "El juez debe fallar con arreglo a lo alegado y - probado", ya que no hay derecho sin prueba.

De manera corriente se suele conceptualizar a las pruebas - como los diversos medios de acreditamiento y comprobación que las partes aportan al proceso ó que consiguen que lleguen a él, encaminadas a tra-- tar de convencer al juzgador respecto a ciertos actos ó hechos sucedi- - dos, también como una fase procesal, técnicamente llamada dilación proba

toría y atendiendo a su teleología como el resultado de revelación ó con vencimiento en la mente del juez.

Partamos del concepto de prueba, según la transcripción de Aurelio Campillo Camarillo (1) de Alfonso el Sabio en su obra Las Partidas, particularmente la que se ocupa del procedimiento civil y criminal-- es la Partida III, diciendo que: "prueba es la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa" ó bien "la producción de los actos ó -- elementos de convicción que somete el litigante en la forma que la ley -- previene ante el juez del litigio y que son propios según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito".

Hugo Alsina (2) en su Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial define a la prueba como: "la comprobación judicial, por los modos que la Ley Establece, de la verdad de un hecho -- controvertido del cual depende el derecho que se pretende".

José de Vicente y Caravantes (3) en su Tratado Histórico,- Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil indica que: "La palabra prueba ó bien designa los medios probatorios ó ele mentos de convicción considerados en sí mismos, y en este sentido se dice que una parte se halla ó no asistida de prueba, y se distinguen los -- diversos hechos probatorios admisibles en juicio, a los disintos géneros de pruebas judiciales..." "...ó bien expresa la palabra prueba el grado-

---

(1) CAMPILLO CAMARILLO, AURELIO, Apuntamientos de Derecho Procesal Civil, 1939, pp. XXXVIII, México.

(2) ALSINA, HUGO, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editores, S. de R.L., 1942. Tomo II. pp. 172. Buenos Aires.

(3) DE VICENTE Y CARAVANTES, JOSE, Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil. Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, 1856. pp. 132 y siguientes. Madrid.

de convicción ó la certidumbre que operen en el sentido del juez aquellos elementos".

Eduardo Bonnier (4), por su parte, en su Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal, dice "La palabra prueba, tomada en el sentido más lato, y así es como lo entendemos aquí, designa todo medio directo ó indirecto de llegar al conocimiento de los hechos. Pero frecuentemente se da a esta expresión un significado más restringido, cuando se distingue lo que es evidente de lo que necesita probarse..." "En el primer caso, la prueba es directa, intuitiva; en el segundo caso, es indirecta, mediata. Siendo ésta última prueba la única que exige de la inteligencia una operación más ó menos complicada, es también la única que recibe en el lenguaje vulgar, el nombre de prueba".

También el Lic. Aurelio Campillo Camarillo (5) en su Tratado Elemental de Procedimientos Civiles, explica que: "Prueba judicial es el medio establecido por la Ley para hacer constar en la forma que la misma determina, la existencia de una obligación, ó la verdad ó falsedad de un hecho que se averigüe en juicio para fundarla".

Por su parte Laurent (6) nos dice que: la prueba es la demostración de la verdad de un hecho ó también el medio mismo que las par

---

(4) BONNIER, EDUARDO, Tratado Teórico Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal. Ed. Hijos de Rems., Madrid. 1902. pp. 1 y siguientes. Quinta Edición Francesa.

(5) CAMPILLO CAMARILLO, AURELIO, Tratado Elemental de Procedimientos Civiles. Tomo V. Ed. La Moderna. 1925. Jalapa, Veracruz. pp.5

(6) LAURENT, F. Principios de Derecho Civil Francés. Ed. Barroso Hno. 1897. México. pp. 356.

tes emplean para demostrar el hecho discutido", en sus Principios de Derecho Civil Francés.

El maestro Manuel de la Plaza (7), inspirado en Carnelutti con su Teoría General del Derecho dice que la prueba es "un equivalente-sensible del hecho que hay que valorar, aplicada al Derecho in genere; - la prueba se refiere a un hecho que es preciso valorar jurídicamente..."

La simple definición de lo que es prueba, ha dado lugar a concepciones numerosísimas, los más distinguidos juristas han dado su definición y si bien es cierto que el conocimiento de tales definiciones tiene más bien un interés teórico que práctico, no es inútil el conocer las más interesantes.

Del simple análisis de tales acepciones, se distinguen dos tendencias, una refiere a las pruebas como un instrumento para resolver los conflictos por afirmaciones del derecho y otra dirigida a disolver las controversias en cuanto a afirmaciones de hecho, también el concepto de prueba contiene el principio, el medio y el fin de la prueba; es decir, según explica Bonnier (8): "En resumen, distribuiremos todo el sistema de las pruebas en tres grandes partes:

1° Evidencia, sea interna, sea externa.

2° Deducción, separando lo conocido de lo desconocido en que está incluido.

---

(7) DE LA PLAZA, MANUEL, Derecho Procesal Civil Español. Vol. I. Madrid, 1954. p. 475. Impresiones Gráfica España.

(8) BONNIER, EDUARDO, Tratado Teórico Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal. Ed. Hijos de Rems., Madrid, 1902. p. 1 y siguientes. Quinta Ed. Francesa.

3° Inducción, partiendo de lo conocido para suponer lo desconocido; suposición que se funda en la observación de las leyes de la naturaleza física ó de la naturaleza moral".

En suma, probar el hecho es valorar ciertas acciones del hombre ó ciertos acontecimientos del orden físico para provocar el ejercicio de la justicia y probar el derecho, es en comunión de voluntades acerca de la acción ó hecho, consentidos los hechos por las partes, establecer que prescripción legal resulta aplicable; así aparece la prueba como agente indicador de la hipótesis normativa aplicable.

Así tenemos que la importancia de la prueba radica, no en determinar las consecuencias jurídicas de un acto ó hecho, através de ella, sino consignar la existencia ó veracidad de una afirmación.

Fundamente la finalidad de la prueba comprende la averiguación, buscar algo que se ignora, verificación es acreditar lo averiguado y ya afirmado responda ó crea la convicción en el ánimo del juzgador de la existencia del acto ó hecho, y éste aplique el derecho al caso concreto.

A fin de evitar posibles confusiones, al emplear diversos conceptos, es conveniente establecer la distinción entre éstos, así por ejemplo tenemos que al referirme a los motivos de prueba se tratará de explicar a aquellas razones que crean mediata o inmediatamente en el juez del conocimiento un convencimiento relacionado con los hechos expuestos por los litigantes, lógicamente en búsqueda de la verdad, así mismo, los medios de prueba son las fuentes por las que el Juez A quo conoce los hechos objeto de prueba y finalmente los procedimientos probatorios son aquellos actos realizados dentro de un litigio, en el periodo

probatorio del mismo y con las formalidades exigidas por la ley adjetiva, que ponen al juez del negocio en contacto con los medios de prueba -- concedidos por el mismo ordenamiento a las partes contendientes y son -- accionadas ó impulsadas por estas mismas.

En el marco del Derecho procedimental, los legisladores -- han dividido de manera clásica, los sistemas probatorios referidos a la -- forma de valorar o apreciar los medios probatorios por el juez de la cau -- sa, de tres formas:

El Sistema de la Prueba Libre, se caracteriza en el senti -- do que otorga al juez una potestad absoluta para apreciar las pruebas -- ofrecidas por las partes en conflicto, sin obstáculo incluso para apli -- car los aforismos ó máximas jurídicas que creyeran más convenientes al -- momento de valorar los medios de prueba en la especie. Por otra parte, -- en forma totalmente opuesta, en el sistema probatorio denominado de la -- prueba legal ó tasada, se limita al juez del negocio para valorar las -- pruebas en conciencia; es decir, la función administrativa de justicia -- se restringe a aplicar los preceptos procedimentales contenidos en el or -- denamiento adjetivo vigente; olvidándose por completo de deducir algún -- hecho desconocido utilizando su criterio y experiencia judicial; este -- sistema constituye al juez en intérprete de lo establecido por el legis -- lador, no importan los incidentes sobrevenidos al momento del desahogo -- de los medios de prueba, ni la habilidad de alguna de las partes para -- producir un esquema lógico jurídico que otorgue ó conceda mayor fuerza -- probatoria ó crediticia a los instrumentos que posee para convencer el -- ánimo del juez; lo mandado por la ley, ya sea amplio ó estricto, consti -- tuye el ámbito de desenvolvimiento del juzgador.

Finalmente de manera ecléctica, surge el sistema probato--

rio mixto, en virtud de lo extremo de los sistemas antes planteados, los legisladores combinaron ambos y por resultado se dió el sistema aludido, sin conceder una amplia libertad al juzgador para apreciar las -- pruebas en conciencia y mucho menos condenarlo a ejecutar lo prescrito por la Ley, provocando un justo medio; aún cuando ninguno de los dos -- sistemas anteriores fue implantado de manera rigurosa en algún código - procedimental, se conserva la distinción en cuanto a referir de alguna - forma el procedimiento utilizado por el juzgador para dirimir alguna -- controversia, por lo que respecta al tercer sistema señalado, ha sido - aplicado a nuestro Código de Procedimientos Civiles de 1932. Partiendo de esta clasificación, el maestro Manuel de la Plaza (9) en su Derecho- Procesal Civil Español, nos dice al respecto a la valoración de la prueba en relación a los sistemas probatorios enunciados:

"Aunque la cuestión es de las más complejas que ofrece el Derecho Procesal, intentamos reducir a unas líneas esquemáticas los problemas doctrinales que en ese punto se suscitan. Se trata, en sínte- - sis, de saber si al ejercitar el organismo jurisdiccional su actividad- sobre el material probatorio que se le ofrece, ha de acomodarse riguro- samente a unas normas preestablecidas que la condicionen, sin posibili- dad de desviarse de las mismas, sistema de la prueba legal; ó si; por - el contrario, al formular el juicio lógico jurídico que le merecen las- probanzas, como resultado del análisis que de ellas haga, debe tener -- una absoluta libertad de movimientos, así en la apreciación de las pruebas, aisladamente consideradas, como en su relación recíproca, que tras- cienda a su resultado como conjunto orgánico, abstracción hecha del me-

---

(9) DE LA PLAZA, MANUEL, Derecho Procesal Civil Español. Vol. I. Madrid, 1954. p. 497 y siguientes. Impresiones Gráficas España.

dio empleado para lograrla; sistema de la prueba libre; ó acaso más exactamente de libre apreciación de la prueba". "El sistema de la prueba legal, abstractamente considerado y aún visto en sus realizaciones legislativas, no puede denominarse sistema de valoración, porque de antemano se establecen, no sólo en cuanto a su calidad, sino en cuanto a su número, las que por imperio de la norma tienen eficacia para justificar los hechos". Por otra parte concluye "... refiriéndonos al proceso común, por una concepción equivocada de lo que era su esencia, la prueba no se encaminaba a formar la convicción del juez, sino la de las partes, mediante una clasificación complicadísima de las probanzas...". "La prueba libre, por el contrario, parte del supuesto de que las que al proceso se aportan no tienen, esencialmente, otra finalidad que la de procurar el convencimiento del juez, que aplicando su actividad sobre ellas y válido de su experiencia, las analiza lógica y jurídicamente, no en su valor puramente externo, sino en su eficacia, según variadísimas circunstancias, que no pueden establecerse apriorísticamente sin constituir al juzgador en un organismo pasivo, cuando en su despierta actividad, precisamente está el éxito de la justicia". A fin de conformar un esquema de análisis, la gran mayoría de los tratadistas han clasificado a los medios de prueba según las diversas características inherentes a su forma de mostrarse, generalmente se han distinguido las pruebas propiamente dichas de las presunciones, al respecto nos dice Hugo Alsina (10):

"Los distintos medios de prueba pueden clasificarse de diversas maneras según el punto de vista desde el cual se les considere. Algunos de ellos se crean por las partes en el momento de la celebración

---

(10) ALSINA, HUGO, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editores, S. de R.L., 1942. Tomo II. pp. 177. Buenos Aires.

de un negocio jurídico con el objeto de consignar sus modalidades en la eventual previsión de un litigio y por eso se les llama preconstituidos, como son los instrumentos públicos y privados; otros en cambio, surgen - después de producido un hecho, por lo que se les llama circunstanciales, como los testigos y los indicios. Unos permiten al juez, formar su convicción por la observación propia, lo que constituye la prueba directa, - como el reconocimiento judicial; en otros casos el conocimiento se forma a través de terceros, como en la testimonial, de la cual se dice que es una prueba indirecta. Llámase plena la prueba que demuestra, sin dejar dudas, la existencia de un hecho y semiplena cuando de ella surge únicamente la posibilidad de su existencia. Es simple cuando por sí sola - - constituye prueba suficiente, por ejemplo, la confesión; es compuesta -- cuando la prueba resulta de la reunión de diversos medios, un testigo, - un indicio, la respuesta evasiva, etc.; lo que constituye, la situación normal, pues raro es el caso en que el juez forme su convicción sobre la base de una prueba única".

Por su parte, los maestros Rafael de Pina y José Castillo-Larrañaga (11) refiriéndose a las pruebas propiamente dichas explican: - "Para la clasificación de las pruebas propiamente dichas, se han seguido generalmente, los criterios siguientes: la naturaleza del proceso, el - grado de eficacia, los modos de observación y percepción, la función lógica que provocan y el tiempo en que se produzcan. En atención a la naturaleza del proceso puede ser la prueba penal ó civil.

Por el grado de convicción que produzca en el juez, se han dividido en plena y semiplena. La primera es aquella prueba que alcanza

---

(11) DE PINA, RAFAEL y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ed. América, México. 1946. pp.212

un resultado positivo que permite sea aceptada sin el temor fundado de -  
incurrir en error; la segunda no puede considerarse realmente como una -  
verdadera prueba, pues, de hecho, no es otra cosa que una prueba frustra  
da. Las pruebas pueden ser también directas ó indirectas. Se llaman di  
rectas cuando por ellas, sin interferencias de ninguna clase, se demues-  
tra la realidad ó certeza de los hechos, e indirectos cuando sirven para  
demostrar la verdad de un hecho, pero recayendo en ó por mediación de --  
otros con el que aquél está íntimamente relacionado.

Se califican de reales las pruebas cuando el conocimiento-  
se adquiere por la inspección ó análisis de un hecho notarial; persona--  
les si conducen a la certeza mediante el testimonio humano".

"Reciben el nombre de originales cuando se refieren a pri-  
meras copias ó traslado de un documento, ó a testigos presenciales del -  
hecho, y se llaman inoriginales cuando se trata de segundas copias ó de-  
testigos que han depuesto por referencia".

"Otra división de las pruebas es la de históricas y críti-  
cas. La prueba histórica se concreta en la observación personal del -  
juez frente al hecho a probar ó en la de terceras personas aptas para re  
presentarlo ante él; la crítica se traduce en una operación lógica, en -  
virtud de la cual, partiendo de un hecho conocido se llega a otro desco-  
nocido que queda también probado.

Con relación al tiempo en que se produce la prueba, ésta -  
se divide en simple ó constituida (en el proceso) y preconstituida (con-  
anterioridad al proceso)".

La clasificación de los medios de pruebas se ha venido in-  
tegrando con las aportaciones de diversos estudiosos de la teoría gene--

ral del Proceso así tenemos que Eduardo Bonnier (12) agrega:

"Son pruebas directas las que producen el conocimiento del hecho directamente, a los que se oponen las indirectas que también conducen a la prueba del hecho, pero a través de otros medios..." "... hay -- ciertos hechos que nos hieren, por decirlo así inmediatamente, que percibimos sin ningún intermediario, cuya impresión en la inteligencia es -- tan viva, como la de la luz en el órgano de la vista, esto es un conocimiento directo, la prueba indirecta exige de la inteligencia, una operación más complicada, pues sus efectos son mediatos, son reales u objetivas las que consisten en hechos apreciables por los sentidos y a las que se oponen las derivadas de las actividades de apreciación personal; pertinentes, las que conciernen a los hechos controvertidos y tengan una influencia decisiva en la contienda...", a las que se oponen las impertinentes que nos explica José María Manresa Navarro (13) como "aquellas -- que no se refieren a los hechos alegados por las partes y por consecuencia no tienen ninguna relación, con la cuestión que se ventila. Son inútiles las que se adecúan para probar los hechos litigiosos a ellas se oponen las ineficaces que como su nombre lo indica carecen de eficacia para probar algún hecho; las necesarias son aquellas pruebas indispensables -- para probar algún elemento esencial de la acción y excepción, en contraposición con las inútiles, que carecen de trascendencia legal y concurrentes en el caso de comunión de medios de pruebas, encaminadas a demostrar un sólo hecho y singulares las que no están asociadas para este mismo efecto".

---

(12) BONNIER, EDUARDO, Tratado Teórico Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal. Ed. Hijos de Rems., Madrid, 1902. pp. 7 y siguientes. Quinta Ed. Francesa

(13) MANRESA, NAVARRO JOSE MARIA, Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III, p. 183.

Materia interesante es la del objeto de la prueba, en primera instancia aquel se constituye sobre los hechos dudosos ó controvertidos, planteados por las partes al integrarse la litis-contestatio, según diversas legislaciones se comprenden también como objetivos de la - prueba los Derechos consuetudinario y extranjero.

Así tenemos, que la afirmación de que los hechos son el - objeto normal de la prueba requiere ser aclarada en virtud de que exis-ten hechos que no necesitan ser probados y otros sobre los cuales la legislación no admite prueba.

Para el maestro Rafael de Pina (14) los hechos que sean - objeto de prueba requieren presenten determinados caracteres. "La de--claración de que el objeto normal de la prueba son los hechos, compren--de tanto a los independientes de la voluntad humana (susceptibles de --producir efectos jurídicos) hechos jurídicos, como a los dependientes - de ésta, actos jurídicos. Es decir, que la prueba civil puede recaer - bien sobre un hecho de la vida, capaz de producir un determinado efecto jurídico sin que haya existido la voluntad de producirlo, bien sobre un acto jurídico".

La legislación procesal se preocupa especialmente de señalar las condiciones que determinan, en cada caso, la necesidad de pro--bar los hechos alegados en el proceso.

Contribuyen el objeto de la prueba, según la legislación--española los hechos dudosos ó controvertidos. La legislación procesal--mexicana traduce el mismo criterio legal, como se desprende de la lectu

---

(14) DE PINA, RAFAEL y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ed. América, México 1946. pp. 212.

ra de los artículos 278, 279, 284 y 291 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; así mismo el Código de Comercio Mexicano dispone en su artículo 1197 que: "sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras; el que las invoca debe probar la existencia de ellas y que son aplicables al caso".

Continúa Rafael de Pina diciendo que: "Para la admisibilidad de los hechos como objeto de la prueba se requiere que sean posibles ó influyentes ó pertinentes a los fines del proceso. El Principio de la economía procesal rechaza la admisión de los hechos imposibles ó impertinentes e inútiles".

"Hecho imposible es aquel que, alegado por cualquiera de las partes, pertenece al mundo de la imaginación, sin que en el orden material de las cosas quepa racionalmente aceptar que pueda concretarse en una realidad perceptible, bien sea producto de una anormalidad mental del sujeto que lo alega, bien de un propósito malicioso del mismo".

El Código Civil mexicano preceptúa en su artículo 1828 -- que: "es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza ó con una norma jurídica que debe regirlo -- necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización".

Concluyentemente, el objeto de la prueba son los hechos -- que se alegan como fundamento del derecho que se pretende; no hay derecho que no provenga de un hecho, estos pueden provenir tanto de la naturaleza como del hombre y proyectar sus consecuencias jurídicas sobre las cosas a los sujetos de derecho.

En la especie, el tratadista Hugo Alsina ahonda al referirse a los hechos que deben probarse aclarando que el hecho a probarse es aquel del cual emana ó del cual depende el derecho que se discute y que puede en consecuencia influir en la decisión final.

Coincide con Rafael de Pina (15) al afirmar que "el juez no debe admitir la prueba de todos los hechos que las partes afirman, -- pues en algunos casos la prueba resultará innecesaria, en otros será oportuna y en algunos estará prohibida por la ley", aún cuando reitera -- que no debe admitirse prueba de hechos que no hayan sido articulados en la demanda y contestación, porque eso importaría modificar los términos de la litis en la relación procesal. Respecto a la impertinencia u ociosidad de la prueba en virtud de que los hechos que se desean someter a ésta, manifiesta que en caso de duda del juez del conocimiento, éste debe de admitir los medios de prueba ofrecidos por las partes, dejando para la sentencia definitiva la apreciación y valor probatorio alcanzado; evitando así riesgos al facilitar a los litigantes la producción de pruebas y acreditación de sus pretensiones.

Asimismo, lo innecesario de algún medio de prueba aportado por las partes, se impone en virtud de hechos no conducentes en la decisión final del negocio jurídico, permite al juez utilizar su criterio y discriminar entre hechos cuya prueba influirían directa y determinante--mente en la solución del litigio y aquellos que abiertamente son ajenos a la litis, admitiendo los primeros y desechando los últimos.

Finalmente, el objeto de la prueba no puede versar sobre -

---

(15) DE PINA, RAFAEL y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ed. América, México. 1946. pp. 212.

hechos confesados ó admitidos por las partes de manera expresa en la contestación de los hechos expuestos por el actor en su demanda, ni cuando se trata de hechos notorios al efecto Hugo Alsina los define como: "Se entiende como hecho notorio aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que ocurre la decisión. No pueden darse al respecto reglas precisas, -- porque tanto pueden referirse a un acontecimiento histórico como a un fenómeno atmosférico, pero su característica es la forma pública, es decir, que nadie lo pone en duda, de tal manera que la convicción que de ella surge es tan firme como la que emana de una prueba directa".

El Código de Procedimientos Civiles de 1982, recoge en su artículo 298 dicha opinión al disponer que no se admitirán diligencias de prueba contra derecho, contra la moral ó sobre hechos que no han sido controvertidos por las partes, sobre hechos imposibles ó notoriamente in verosímiles.

De igual importancia que la prueba de los hechos, la del derecho ha sido marco de estudio en relación a la aplicación, por invocación de las partes, del Derecho extranjero y consuetudinario, se han dado diversas posturas, que afirman, a diferencia de lo que acontece con las normas ó preceptos internos del organismo jurisdiccional que conoce el pleito, que el derecho extraño y consuetudinario si necesita de prueba, en el elemento de que dicho medio de prueba sea admisible según el ordenamiento procesal aplicable.

Joaquín Escriche (16), expresa contundentemente por su la-

---

(16) ESCRICHE, JOAQUIN. Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. Valencia Imprenta de J. Ferrer de Orga, 1838. p. 539.

do que "Solamente las cosas de hecho son las que necesitan de prueba, y no las que son de derecho, pues el juez mismo, luego que consta el hecho, debe decidir acerca del derecho, aunque no se haya alegado por los litigantes. Así es que en los escritos presentados en juicio no se debe disputar alegando leyes, decretales, partidas y fueros, sino que sólo ha de ponerse simplemente el hecho de que nace el derecho, como dice la ley; pero estando conclusos los autos, puede cada parte antes de la sentencia, informar de su derecho al juez de palabra ó por escrito, alegando leyes, decretos, decretales, partidas y fueros; y aún en todo tiempo podrán informarle de palabra, alegando todos los derechos que estimen convenientes. Toda ley que alguno alegare para prueba de su intención, debe valer y cumplirse, como dicen Las Partidas, pero si alguno alega ley ó fuero de otra tierra, no tendrá fuerza de prueba, salvo si fuesen de ella los litigantes, ó la cosa mueble ó raíz litigosa ó hubiesen hecho allí el contrato disputado; en cuyos casos puede el juez recibir la prueba de la ley ó fuero de la tierra extraña, y librar el pleito por ella".

Por su parte, Manuel de la Plaza (17), explica que los ordenamientos adjetivos han pretendido dirigir sus mandatos a la probanza de los hechos alegados, y fijar a los acreditados como el sostén de la hipótesis normativa aplicable al caso concreto; sin embargo opina que: "la exageración del principio dispositivo bien notorio, dicho sea de paso, en nuestros vigentes ordenamientos procesales, puede redundar en perjuicio de la justicia, convirtiendo al organismo jurisdiccional en un servidor de las partes, en materia tan trascendental como el cabal y exacto conocimiento de los hechos de que ha de partir para establecer sobre-

---

(17) DE LA PLAZA, MANUEL, Derecho Procesal Civil Español. Vol. I. Madrid, 1954. p. 497 y siguientes. Impresiones Gráfica España.

bases lógicas y jurídicas su decisión".

Añade que se debe tolerar al órgano jurisdiccional a valer se de otras fuentes del conocimiento y así pueda conjugar los principios esenciales del proceso y encontrar una solución justa; por lo que considera apropiadas las actitudes del Derecho alemán, italiano y portugués, - al admitir la invocación de Derechos extranjeros y consuetudinarios, con la única limitante de su probanza, cuando el tribunal del conocimiento - los desconociere, por parte del litigante apelante.

Hugo Alsina (18) hace referencia a que el régimen de prueba se refiere concretamente al hecho y que el derecho no se prueba sino que se interpreta, sin embargo, dice que en ciertos casos la prueba del derecho es necesaria, como lo establece el Código Civil Argentino al disponer que la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos de dicho ordenamiento lo permite, no tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes con excepción de las leyes extranjeras que se hiciesen obligatorias en la re pública por convenciones diplomáticas ó en virtud de alguna ley especial.

Al estudiar el derecho consuetudinario dice el mismo Alsina (19), "... el uso, la costumbre ó la práctica no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos, según dispone el artículo 17 del Código respectivo, pero en materia comercial pueden constituir una fuente de derecho..." antes se había explicado que cualquier derecho hacía la sucesión de hechos ó actos jurídicos, el consentir a la costum-

---

(18) ALSINA, HUGO. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editores, S. de R.L., 1942. Tomo - II. pp. 172. Buenos Aires.

(19) Ibidem.

como productiva de consecuencias de derecho da por resultado que deberán probarse como un hecho, en caso de conflicto de intereses, permitiéndole al litigante ofrecer todos los medios de prueba para acreditar que no existe ningún obstáculo legal para que se le conceda pleno valor.

El Código Civil Mexicano, establece en su artículo 284, -- que sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras ó en usos, costumbres ó jurisprudencia; aquí cabe destacar una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que obliga al litigante, que funde su derecho en alguna ley extranjera, a probar la existencia de ésta y a acreditar que es aplicable al caso, es decir, no se debe limitar a exhibir el texto de la ley extraña, sino a fundamentar su pretensión con otros medios de prueba. De esta manera lo esboza el Código de Comercio en su artículo 1197, que difiere del ordenamiento civil en cuanto que niega la fundamentación del derecho en hechos ó actos originados por los usos ó la costumbre.

## 1.1 DERECHO ROMANO

A efecto de consolidar el tiempo dedicado a esta reseña-histórica como provechoso, es oportuno transcribir una opinión del maestro Eugenio Petit de su libro de Derecho Romano que dice: "Es esencial-conocer las leyes antiguas, que es donde nacen las vigentes, pues éstas es el medio más seguro de apoderarse de su verdadero espíritu y de apreciar su valor".

Es así como se ha de considerar al Derecho Romano un modelo, que muestre la pauta seguida por los jurisconsultos romanos para dinamizar la legislación probatoria.

De tal manera, en el Derecho Romano se establecieron a manera de principios, normas reguladoras de la materia probatoria, que determinaban que sólo los hechos controvertidos requerían de prueba, -- mientras que el Derecho no, en tanto que el tribunal conoce el Derecho, en tal virtud, la oposición de intereses se disparía con la oportuna -- presentación y calidad de las pruebas ofrecidas por las partes y en consecuencia el reconocimiento judicial del derecho subjetivo.

Debe afirmarse que el estudio de la etapa procesal probatoria estuvo descuidado en un principio, siendo hasta la etapa de la República que se contemplaron profundamente figuras tan importantes, -- como la carga de la prueba, dicho sea de paso, aquí ha de originarse la creencia en la inutilidad de la probanza de los hechos negativos, que -- ha provocado graves consecuencias en la historia de la impartición de -- justicia.

En el derecho Romano se imponía al actor la obligación de probar las afirmaciones contenidas en los hechos fundatorios de su acción, y al demandado, por su parte, las aseveraciones que justificaran su excepción; por tanto la carga de la prueba se distribuye entre las partes y su eficacia depende de la posibilidad de aportar pruebas idóneas y el interés de crear convicción en el juzgador.

Como se ha establecido en páginas anteriores, los sistemas de valoración de la prueba se han contenido en tres, el libre, el tasado y el mixto, siendo éste el utilizado por los juzgadores romanos; así tenemos, que la prueba testimonial era valorada, usualmente, inferior a la documental pública, sin embargo el juzgador no estaba obligado a observar cierta jerarquía entre ellas; es decir, en la búsqueda de la verdad, expuesta veladamente en los dichos de las partes, el juzgador podía disponer ya de los principios marcados por el legislador para valorar los medios de prueba aportados, ya de la experiencia jurisdiccional adquirida.

Por otro lado, el maestro Floris Margadant (20), señala en su Tratado de Derecho Romano, los medios probatorios conocidos en el mismo, señalando a:

"a) Los documentos públicos y privados, cuya importancia era mayor, en perjuicio de la prueba testimonial.

---

(20) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Derecho Romano. Ed. Esfinge, S. A. México, 1981. pp. 320

b) La testimonial, probanza que no existió en el periodo formulario del Derecho Romano; posteriormente a su creación se le atribuyó cierto valor probatorio, aún cuando su eficacia fue muy limitada, toda vez que a nadie podía obligársele a rendir testimonio.

c) El juramento, se constituía como una petición formula da por la contraparte, a efecto de que mediante juramento, su oponente se condujera con verdad, se equipara a la protesta de verdad actual.

d) El peritaje, se afirmaba como un instrumento valioso de prueba, en caso de cuestiones de hechos controvertidos que versaran en alguna ciencia o arte, así tenemos los peritos agrimensores, médicos, etcétera.

e) La declaración de las partes; esta declaración contie ne los elementos de la actual prueba confesional y se consideraba como la reina de las pruebas.

f) La fama pública; surgía como medio de prueba substitu to de la testimonial, en caso de que la controversia sometida al juicio del órgano jurisdiccional, tratará sobre la fama pública de alguna de las partes.

g) Las presunciones legales o humanas, consideradas por los legisladores romanos como *iuris tantum*, para las que admitían prueba en contrario ó *iuris et de iure*, para las que no admitían tal prueba. "

Todos estos medios de prueba, constituían los instrumentos probatorios de las partes, en cuanto a la dinámica procesal se procedía a practicar un ofrecimiento de pruebas, seguido de una resolución

admisoria o repulsiva de las aportadas por las partes, en el primer supuesto se ordenaba el desahogo de las mismas, posteriormente el órgano jurisdiccional facultaba a las partes para alegar acerca del procedimiento probatorio efectuado e intentar hacer ver en aquel las probables fallas que apuntaran un desvanecimiento crediticio en las pruebas aportadas por el contrario, finalmente se emitiría una resolución definitiva.

El procedimiento en el Derecho Romano, se contuvo en cada uno de los tres períodos que comprende la historia política de Roma; es decir, a cada etapa le correspondió un sistema procesal diferente, como consecuencia de la transformación de sus instituciones; así durante la monarquía la función judicial era ejercida por el Senado, el pueblo y el rey, desaparecida la monarquía, fueron los cónsules quienes ocuparon el tribunal y finalmente los pretores. Durante la República, aparecieron nuevas magistraturas, bajo el influjo de los plebeyos, quienes exigieron que se hicieran públicos los preceptos legales relativos a las acciones, redactándose con ese motivo las XII Tablas; con la afluencia de extranjeros, se dió origen a los pretores peregrinos que aplicaban el *ius gentium* y así al período formulario, que evitaba los gestos solemnes y sacramentales de la monarquía; finalmente el procedimiento extraordinario, substituyó al formulario, consistiendo el primero en el sentido que el magistrado conocía directamente del litigio y lo resolvía por sí mismo, en ésta etapa el procedimiento se transformó de oral a escrito y de gratuito en oneroso.

## 1.2 DERECHO FRANCES

Los autores de la doctrina jurídica francesa, consideraron que la creación de nuevas instituciones de Derecho, deberían uniformarse con la legislación romana y los datos reales de la nueva sociedad; a efecto de otorgarles permanencia y eficacia, sin embargo las críticas no esperaron, deseando la creación de una nueva legislación, apartándose de los principios legados por el Derecho Romano; a todo esto jurisconsultos como Portalis respondieron: "La mayor parte de los autores que con tanta facilidad, acritud como ligereza, censuran el Derecho Romano, blasfeman de lo que ignoran, de ello se estará convencido, si en las colecciones que nos transmitió ese Derecho, se saben distinguir las leyes que han merecido ser llamadas la razón escrita, de aquellas que no eran más que instituciones particulares extrañas a nuestra situación y nuestros usos".

En efecto, la civilización jurídica va unida al desarrollo de la sociedad que la contiene, el pretender de forma súbita establecer instituciones o principios jurídicos, desconociendo los precedentes de la ciencia del Derecho, es aventurarse a provocar una legislación inadecuada a lo que los intereses colectivos reclaman, porque he escrito que la norma se dirige a una sociedad cambiante, perfectible, por lo que de igual manera su legislación debe concretarse justamente a lo que las necesidades sociales urgen. Es cierto, que el renovado espíritu social debe ser incluido en la legislación que ordena, limita o permite esferas de actividad, sin embargo, la tradición de figuras jurídicas que han permanecido inamovibles por el transcurso del tiempo, deben indudablemente ser el preludio de toda innovación normativa; la --

teoría de las obligaciones, la de la propiedad, así como la de la prueba, es en el Derecho Francés lo que era entre los romanos, aún cuando del análisis minucioso saltan a la luz modificaciones, provocadas por los datos sociales aportados por una nueva sociedad, así tenemos, que no debe estimarse al Derecho Francés como una copia del Derecho Romano, ya que al no ser idéntico el espíritu entre dos pueblos no lo puede ser tampoco el Derecho.

A éste respecto, los autores del Código de Napoleón destacaban que a aquellos estudiosos del Derecho que consideraban innecesario el análisis del Derecho Romano, pues se tenía un Código que lo refería e interpretaba y eso era suficiente para las urgencias de la vida real, debería mostrárseles que el objeto de la Ciencia y el estudio, no es adquirir conocimientos necesarios o útiles para el ejercicio de una profesión o de una función pública, sino que tiene un objeto más elevado y es el desarrollo intelectual y desde este punto de vista no hay estudio más necesario para el jurisconsulto que el Derecho Romano, ya que las mismas faltas que se le achacan, hacen de él un instrumento admirable para la educación jurídica, después de todo las obras de los jurisconsultos romanos, son las obras maestras del Derecho.

A todo esto es de concluirse, que la constitución del Derecho Francés en materia probatoria, permaneció en el principio que el legislador no crea el Derecho, en sentido estricto, se limita a circunscribirlo, a formularlo, basado en innumerables fuentes, y el Derecho Francés procede del Derecho Romano y de las costumbres.

En efecto, en Francia se verificó la recepción del proce

so judicial Romano: Louis Josserand (21), en su Derecho Civil, aclara: "Dos intentos de codificación general, la ordenanza llamada de Moulins de 1596 y la ordenanza civil de Luis XIV, procedieron al Código de Procedimientos Civiles de 1806, obra fundamental, no sólo por la perfección de su contenido, atendida la época en que apareció, sino porque en él se inspiraron todas las reformas hechas en los demás países".

En el sistema procesal francés conviven un procedimiento ordinario, ante el Tribunal de Primera Instancia y otro más ante el -- Juez de Paz, que se inicia después de haber intentado la conciliación -- salvo en casos muy excepcionales y el llamado referé para casos de ur-- gencia o solución de cuestiones incidentales, que se presenten con motivo de la ejecución, previa a la resolución definitiva del procedimiento que la produce.

Así es como este sistema procesal, se constituye como -- una obra práctica, porque sus redactores no perdieron de vista el prin-- cipio de que un Código está destinado a ser aplicado, a ser realizado -- día con día, en efecto, el código de procedimiento civil, promulgado el 24 de abril de 1806, y que entró en vigencia el 1° de enero de 1807 es-- tablecía tres tipos de proceso: el ordinario, el escrito y el sumario, pero el decreto ley del 30 de octubre de 1935 suprimió el proceso escrito a la vez que introdujo reformas fundamentales en el proceso ordina-- rio; de acuerdo con ellas el trámite se desarrollaba de la siguiente -- manera, una vez intentada la conciliación ante un juez de paz, podía -- presentarse la demanda y admitida se emplazaba al demandado, quien expo

---

(21) JOSSERAND LOUIS, Derecho Civil. Tomo I. p. 287.

nía sus defensas y ofrecía sus pruebas; hasta aquí todo el procedimiento era extrajudicial; finalmente, vencido el término concedido al reo para contestar la demanda, el actor ponía en manos de un secretario la demanda para que la listara y designara un juez encargado de seguir el procedimiento, ante el cual los abogados formulan sus conclusiones y se desahogan las pruebas ofrecidas, terminadas éstas, las partes son convocadas a una audiencia, en la que el juez delegado expone la causa y menciona la prueba; luego, los abogados hacen la defensa en debate oral, con lo que el proceso queda en estado de sentencia.

Finalmente, es oportuno señalar, que las reformas de -- 1935, produjeron cambios trascendentales en el proceso ordinario francés y atiende principalmente a hacer más dinámica la intervención del órgano jurisdiccional en el proceso, a efecto de reducir la complicación del -- mismo.

### 1.3 DERECHO ESPAÑOL

La Legislación Española, en cuanto a la historia del proceso jurídico, está dividida en tres épocas claramente delineadas, la primera que contiene el período anterior al descubrimiento de América, legislación procesal predominantemente influenciada por la legislación románica, cuyas características desde el punto de vista procesal eran las siguientes: refiriéndonos a la etapa probatoria: La justicia se administraba por una asamblea de la tribu, que por cierto asumía el Poder Judicial y el Ejecutivo, pues además de determinar la pena proveía lo necesario para ejecutarla.

Entre las pruebas, la más relevante era la testimonial, dotada de una gran formalidad, dicha probanza debía ir precedida de un juramento solemne, lo que ahora conocemos como la protesta de decir verdad, ya que en esta época la justicia descansaba sobre el principio absoluto de la santidad del juramento, de aquí que la mentira inspiraba mayor desprecio que el hecho punible; y de acuerdo a la época de referencia, el otro medio de prueba se denominaba el juicio de Dios, basado en la idea de que un Ser superior, conociendo la verdad mejor que los hombres, había de pronunciar un fallo justo; este juicio probatorio se desarrollaba de dos formas, por demás curiosas, una llamada prueba especial, en la que el reo debía de meter su brazo hasta el codo en agua hirviendo y si al retirarlo presentaba heridas graves se le reputaba culpable; o bien se le marcaba con un hierro candente y si al cabo de unos días no había sanado se consideraba igualmente culpable.

El otro medio de prueba se conocía bajo el nombre de combate singular, que según se explica consistía en un duelo público, y --

que concedía la razón al vencedor.

El primer Código dictado con la finalidad de establecer orden jurídico en España, se denominó Código de Eurico, que al igual que el Breviario de Ariano, se inspiró y formó con leyes romanas, por lo que ambos ordenamientos no poseen ninguna originalidad, pues se limitan a -- cumplir los preceptos del derecho romano, excepción hecha de ser los primeros intentos para crear un cuerpo legal general, que dejara de tener -- vigencia en cuanto se prohibió observar otras leyes que las góticas.

Finalmente, los pueblos ocupantes del Estado Español, -- comprendieron que la diversidad de leyes provocaba más problemas que -- los que pretendía con su aplicación resolver, fue así como se determinó la fusión de legislaciones hasta sumarse en la Liber Judiciorum o Fuero Juzgo, amplia compilación que abarca toda la legislación de la época; -- sin embargo este libro consigna la mayor parte de los principios del -- derecho procesal romano ya estudiados.

Con la llegada de la dominación árabe se terminó con la apenas incipiente unidad procesal y con ésta la lograda por el Fuero -- Juzgo; creando el nacimiento de ordenamientos forales tendientes a establecer el nuevo dominio acabado de obtener y sencillamente explicado por las siguientes palabras del Espéculo: "Fuero De spanna antiguamente en tiempo de los godos fue todo uno. Más quando moros ganaron la tierra, perdiéronse aquellos libros en que eran escritos los fueros. E -- después que los christianos la fueran cobrando, así como la yvan conquriendo, tomaron de aquellos fueros algunos casos segunt se acordaban, -- los unos de una guisa e los otros de otra. E por esta razón vino el -- departimiento de los fueros en las tierras".

Producida la diseminación legislativa y durante cinco siglos de vigencia de la legislación foral, empieza después de esta la -- época más lustrosa del procedimiento español y que se contiene en el -- Setenario de Fernando el Santo, obra incompleta por la muerte de éste -- último y por consecuencia nunca llegó a tener fuerza legal; el Espéculo, obra que preceptuaba entre los medios de prueba la de los testigos, escrituras, confesión judicial y extrajudicial, juramento y presunciones; particularizando que dos testigos conformes y sin tacha hacían prueba plena, sin embargo se permitía al oferente la presentación hasta de -- doce testigos; otorgando un período probatorio, para el desahogo de tal probanza, de tres días si los testigos estaban presentes en el lugar -- donde se resolvía el juicio y de nueve si no residían en dicha jurisdicción, treinta días si los declarantes vivían a mayor distancia y a entero o discreción del juez si se encontraban fuera de España. Así mismo, el testigo falso quedaba sujeto a la Ley del Talión si el demandante o acusado perdía la causa declarándose inocente al acusado, y sometiendo al actor a la misma pena resultaba muerto o lisiado.

El Fuero Real, enumeraba los medios de prueba, una vez -- instaurada la litis-contestatio, en escritos, testigos o juramento decisorio, el término probatorio era de nueve a doce días, mismo plazo otorgado a las tachas de testigos, a las que seguían la etapa de alegatos -- o alegación de bien probado; tanto esta legislación como la del Espéculo fueron obras de Alfonso X el Sabio, culminando su reinado con su obra -- monumental: Las Partidas, considerada como el compendio jurídico más -- completo jamás producido en Europa, en la Partida III, referida al procedimiento civil y criminal se distinguen las diferentes clases de pruebas como el juramento, exámen de testigos, confesión de parte, pesquisa,

escrituras e instrumentos públicos; inspirado Alfonso X en la legislación romana y canónica. Creó, en ese tiempo, con las Partidas un conjunto de normas inmejorables que sobre procedimiento tenía la legislación foral española.

Acerca de la Segunda época distinguida por los estudios de la materia, posterior al Descubrimiento de América, los reyes católicos encargaron a Don Alfonso Díaz de Montalvo una recopilación de leyes posteriores al Fuero Real y a las Partidas, el resultado las Ordenanzas Reales de Castilla, le siguieron las leyes de Toro ofrecía una solución práctica a casos dudosos, utilizando como vía de acción la conjunción del derecho antiguo con el nuevo y la Nova Recopilación que no era más que una nueva suma de leyes omitiendo las que la costumbre había desechado.

Me referiré a la Tercera época de la legislación española al analizar la evolución del Derecho Mexicano en materia procesal, ya que los conquistadores españoles trasladaron a América las instituciones jurídicas españolas y antes de que se consumara nuestra Independencia Política el Derecho Procesal Español fue el que rigió en México.

#### 1.4 DERECHO ARGENTINO

De acuerdo a la organización política argentina, cada provincia organiza su administración de justicia y dicta sus propios ordenamientos procedimentales; así mismo, de manera paralela existe una justicia federal con organización y procedimiento propio.

La Constitución de la República Argentina, ha mantenido la separación de la jurisdicción en las materias civil, comercial y penal para los tribunales de la capital y agrupó para los tribunales de las distintas provincias los correspondientes a las materias civil y comercial.

En la ciudad de Buenos Aires, los jueces aplicaron, en materia procesal, la legislación española y algunas disposiciones dictadas por legisladores argentinos, sin embargo, en el año de 1867, fueron presentados dos proyectos, uno sobre la organización de los tribunales y otro respecto al enjuiciamiento civil, sin que fueran sancionados por el Senado, no fue sino hasta el 22 de octubre de 1878, que el mismo Senado sancionó un proyecto de Código de leyes orgánicas y reglamentarias del Poder Judicial.

Por otro lado, numerosas son las leyes que se dictaron con carácter modificadorio, tanto de la organización de los tribunales como del Código de procedimientos, cabe destacar que éste ordenamiento en uno de sus artículos deroga todas las disposiciones anteriores y relativas al enjuiciamiento civil y comercial, en todo lo que fueran contrarias al Código citado, por lo que, en consecuencia, esas leyes consuetudinas con las disposiciones del Derecho Español y las escasas normas aportadas por la legislatura argentina, son aplicables supletoriamente -

cuando no contraríen los preceptos del Código.

Finalmente, los legisladores en materia judicial han provocado una administración de justicia embarazosa y poco flexible en su proceso; al respecto el maestro Hugo Alsina (22) en su Tratado Teórico - Práctico, comenta los proyectos dictados en materia judicial así: "Por nuestra parte, pensamos que tal vez fuese mejor proceder en forma inversa a los Códigos vigentes, estableciendo como regla un proceso breve y sencillo cuya regulación fuese atributiva del juez, según las circunstancias particulares del caso; junto a él, un procedimiento más solemne, en el que si se quiere podría darse prevalencia a la escritura, para determinadas cuestiones (reivindicación, rendición de cuentas, divorcio, -- etc.) cuya procedencia se establecería por ley y en su defecto por acuerdo de las partes y en caso de desacuerdo, por el juez; por último, ciertos procedimientos especiales (ejecución forzada, juicios universales, - autorizaciones, etc.). "

En efecto, el código de procedimiento civil argentino, -- regula el proceso judicial como un combate en que su conducción está con fiada a la voluntad y a la pericia de los litigantes, al juez sólo co rresponde la función pasiva de proclamar al vencedor; al último habré de destacar que el proceso moderno se ha venido manifestando en una litis - considerada un fenómeno social y en un órgano jurisdiccional contemplado como el instrumento asegurador del orden jurídico, así mismo, el maes

---

(22) ALSINA, HUGO, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editores, S. de R. L., 1942. Tomo II. pp. 135. Buenos Aires.

tro Hugo Alsina (23) apunta en su Tratado Teórico Práctico de Derecho -- Procesal Civil y Comercial que: "No es la habilidad ni mucho menos la -- mala fe, sino la razón jurídica, la que debe determinar la sentencia pa-- ra que ésta sea justa y satisfaga el interés colectivo".

En cuanto al procedimiento, las reglas que determinan en que forma se deben administrar las pruebas, la legislación adjetiva ar-- gentina señala que una vez contestada la demanda o la reconvencción en su caso, el pleito quedará listo para la etapa probatoria solamente si la - cuestión controvertida se refiere a hechos o hechos y derechos afirmados por las partes, situación diversa se presenta si del análisis de la de-- manda y su contestación se desprende que la diferencia de intereses se - reduce a un problema de derecho, por que se dará, traslado a las partes para que expresen sus consideraciones jurídicas, para que una vez practi-- cadas se deje al litigio en estado de sentencia definitiva, tampoco co-- rresponde abrir un negocio a prueba si el demandado al contestar la de-- manda reconoce expresamente los hechos y el derecho en que se funda y -- alega el actor, así mismo, de presentarse alguna causa que amerite, a -- juicio de las partes, la no recepción probatoria del pleito, es proceden-- te la oposición a dicha apertura mediante la substanciación incidental - correspondiente y su consecuente interlocución; importancia capital re-- viste ésta oposición si es formulada por ambos litigantes, porque aunque el juez considere necesaria la prueba y así lo haya determinado en el -- procedimiento, está obligado a dejar sin efecto el auto de prueba y a -- resolver definitivamente.

---

(23) ALSINA, HUGO, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editores, S. de R. L., 1942. Tomo II. pp. 237. Buenos Aires.

Por otro lado, el ofrecimiento de la prueba debe ser pedida, ordenada y practicada dentro del término concedido; sin embargo, - esta regla tiene diversas excepciones, al permitir a las partes desahogar las probanzas ofrecidas fuera del término concedido, por ejemplo, si no lo fueron por omisión de las autoridades encargadas de recibirlas. - Hugo Alsina (24) en su Tratado Teórico Práctico, nos refiere: " En la -- práctica, sin embargo, casi toda la prueba se diligencia fuera del término, porque en razón del recargo de tareas que soportan les resulta imposible a los jueces cumplir con el precepto legal".

El juez aprecia la prueba en la sentencia definitiva, por que una vez consideradas en conjunto las diligencias de prueba practicadas, puede determinar la pertinencia de las mismas en relación con los - hechos alegados, la legislación argentina concede al juez la libertad -- para apreciar éstos según su criterio personal, salvo que en una situación concreta las leyes de fondo o de forma le impongan reglas de valoración; aquí cabe aclarar dos razonamientos jurídicos; el primero se refiere al sistema de valoración de la prueba adoptado y que según lo estudiado corresponde al mixto, es decir, la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional se ve limitada por imposiciones normativas de valoración; el segundo razonamiento se deriva de la fuente de éstas reglas de valoración, se habla de leyes de fondo o substantivas y de leyes de forma o adjetivas como normas impositivas de modos de valoración, normalmente éstas últimas comprenden tales modos, sin embargo, de la explicación

---

(24) ALSINA, HUGO, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editores, S. de R. L., 1942. Tomo II. pp. 213. Buenos Aires.

de Baudry Lacantinerie y Barde (25) en su Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil al decir: "La materia de las pruebas entra a la vez en el procedimiento y en el derecho civil propiamente dicho. Las reglas que determinan en que forma se deben administrar las pruebas, pertenecen al procedimiento. Pero para saber cuál es el medio de prueba autorizado en un determinado caso, todo depende de la naturaleza misma del acto y por consiguiente es una cuestión de fondo, en otros términos, una cuestión reglada por el derecho civil".

Cabe ahora precisar los principios generales de los medios de prueba admitidos por la legislación analizada, partiendo de la prueba confesional; principios generales contenidos lo son que esta prueba puede ofrecerse, admitirse y diligenciarse hasta antes de la citación para oír sentencia, cada parte puede exigir que la contraria absuelva posiciones, cabe aclarar que aún cuando un litisconsorte actúa autónomamente en juicio y protege sus particulares intereses, dentro de la litis conforma una unidad de acción o excepción por lo que no puede exigir que su litisconsorte absuelva posiciones. Por otro lado, cada posición constituye una afirmación del articulante, la que debe ser clara y no prestarse a una doble interpretación; las partes están obligadas a esperar media hora en caso de que una de ellas no concurra a la hora fijada; abierta la audiencia el juez debe proceder a recibir el juramento del absolvente, si éste lo deseara, caso contrario sólo se hace constar tal suceso en el acta respectiva; finalmente, de notoria importancia resulta el hecho de que la calificación de las posiciones se hace al --

---

(25) BAUDRY LACANTINERIE Y BARDE, Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil. Tomo III, No. 2509.

momento de dictar resolución, es decir, las partes pueden oponerse a la absolución de alguna posición si la consideran impertinente, pero si el juez la califica procedente al dictar resolución, declarará confeso al mismo.

Respecto a la prueba Instrumental, la legislación argentina le otorga un valor probatorio enorme sólo inferior al de la confesional, además son pruebas preconstituidas que consignan derechos y obligaciones de manera voluntaria, es decir, los celebrantes, futuros litigantes, contuvieron en un documento las obligaciones y los derechos propios del acto jurídico tratado; una vez perfeccionada, ya sea por ratificación o reconocimiento del mismo, el valor probatorio que el juez le atribuye es sumamente eficaz.

Así mismo, la pericial se admite como medio de prueba, en función de que el juez no pocas veces se encuentra en condiciones de conocer o apreciar un hecho por sus propios medios, sin embargo, la función pericial se concreta a comprobar un hecho cuya existencia se controvierte y aportar al juicio, según su saber, las causas o efectos de un hecho admitido por las partes. La legislación argentina deduce que la prueba propiamente dicha la constituye el hecho alegado y el dictámen pericial sólo aporta elementos de juicio para su valoración.

Por otra parte, la prueba testimonial es objeto de un estudio arduo por los procesalistas argentinos; de manera inversa al desarrollo social, el testimonio se ha limitado, tanto en su eficacia probatoria como en la fuerza probatoria pretendida por los litigantes. Al --

efecto Hugo Alsina (26) nos refiere que: "El exámen de la evolución histórica de la prueba demuestra que en los pueblos primitivos, cuando el - acusado no confesaba el hecho de que se le imputaba, se recurría, en primer término, a los testigos, no sólo porque se consideraba la palabra un medio suficiente de convicción, por la sencillez de las costumbres y las reducidas proporciones de los grupos sociales, sino porque la escritura no estaba desarrollada y era patrimonio de unos pocos. Pero, cuando la práctica de la escritura se extendió, no tardó en superar en importancia probatoria a la prueba testimonial, pues traía sobre ésta la permanencia de sus enunciaciones sin los peligros de aquella y, por otra parte, la - progresiva declinación del sentimiento religioso con la transformación - de las costumbres habían debilitado considerablemente la fe en el testimonio del hombre".

Finalmente, ante tales conceptos, cabe preguntarse si el debilitamiento probatorio del exámen testimonial se debe a la extensión de la escritura o a la corrupción de las costumbres.

---

(26) ALSINA, HUGO, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editores, S. de R. L., 1942, Tomo II. pp. 391. Buenos Aires.

## CAPITULO II

## LA PRUEBA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

DERECHO MEXICANO.- Es de indiscutible importancia el haber constar los antecedentes del Derecho Procesal Mexicano, ya para demostrar el grado de civilización jurídica obtenida a la fecha, ya para apuntar la influencia aspiradora de los legisladores procesalistas.

Sin duda, nuestra legislación procesal es de origen latino, procedente del Derecho Romano y del Canónico, asimismo del antiguo Derecho Español, de la legislación moderna francesa e italiana.

Preferidos por razones cronológicas, el esquema de nuestros primeros códigos procesales, nos ofrece la oportunidad de discurrir, reflexionar si acaso hemos avanzado y mejorado nuestros procedimientos judiciales, verbigracia en la forma de demandar y propiamente, lo que es más importante, en materia de prueba.

El principio lo marca la "Ley que arregla los Procedimientos Judiciales en los Tribunales y Juzgados del Distrito y Territorios Federales de 1857"; éste ordenamiento no contiene precepto expreso que señale con precisión los medios de prueba que pudieran hacer valer las partes; se concentraba a determinar que cuando el negocio se reciba a prueba, el Juez según su criterio, otorgará un término común y prorrogable hasta por sesenta días y en caso de que alguno de los litigantes quisiera presentar testigos que se hallen a tan larga distancia que no sean suficientes los sesenta días, el Juez del conocimiento prorrogará este término por el que crea necesario, poniendo como único requisito, que la parte oferente señale con precisión al tiempo de solicitar la prórroga

excepcional, los testigos que serán examinados y el lugar ó lugares donde cree que están; ya desde aquí se manifestaban las dos clases de dilación ó término probatorio, los ordinarios y extraordinarios, figuras jurídicas que consagradas en la actual legislación ofrecen problemas graves: no por su existencia sino por la forma de su aplicación.

Constituye el primer código procesal en nuestro Derecho Positivo Mexicano, abrogando todo el cuerpo de leyes que en materia procesal civil se habían promulgado hasta 1872, llamado "Código de Procedimientos Civiles", que dicho sea de paso, carece de exposición de motivos.

Concretamente el Título VI se refiere al juicio ordinario y en éste se distinguen diversos principios en materia de prueba como: "el que afirma está obligado a probar", en consecuencia, el actor debe probar su acción y el reo sus excepciones; el que niega no está obligado a probar, excepción hecha de que la negación encierre afirmación expresa de un hecho ó cuando al negar algún hecho que se le imputa desconozca la presunción legal que tiene a su favor el colitigante.

También se refiere a que sólo los hechos están sujetos a prueba y el derecho, excepcionalmente, cuando se funde en leyes extranjeras, ya que el litigante debe probar la existencia de éstas y que verdaderamente son aplicables al caso concreto establecido en la litis.

Ofrece al juez del conocimiento la facultad de ordenar se reciba el negocio a prueba, en caso de ser necesario para resolver convincentemente una controversia; asimismo, la oportunidad a los litigantes de solicitar se abra la dilación probatoria a fin de justificar su acción ó excepciones y defensas, según sea el caso; las pruebas se reci-

ben con citación de la parte contraria: es decir, las partes pueden objetar los medios de prueba ofrecidos por considerar que son defectuosos en cuanto a su ofrecimiento ó resultan innecesarios ó por no ser los medios idóneos, solamente se excluyen de esta generalidad las pruebas de confesión, el reconocimiento de los libros y papeles de las mismas partes y los instrumentos públicos.

Por su parte el artículo 594, que está contenido en el Capítulo IV, denominado De la Prueba, Reglas Generales: dice "La ley reconoce como medios de prueba: 1° Confesión, ya sea judicial, ya extrajudicial; 2° Instrumentos Públicos y solemnes; 3° Documentos privados; 4° Juicio de Peritos; 5° Reconocimiento Judicial; 6° Testigos; 7° Fama Pública y 8° Presunciones".

Asimismo, se refiere a las clases de términos probatorios, el ordinario en cuanto que no podía exceder de 40 días, cuando las pruebas tenían que rendirse dentro del Distrito ó de la California: mientras que el término extraordinario se fijaba de dos meses, si hubiere de rendirse la prueba dentro del territorio nacional, pero a una distancia de más de cien leguas del lugar del juicio: de tres meses, si la prueba a desahogar hubiere de serlo a una distancia de más de 200 leguas; de cuatro meses, si hubiere de rendirse en los Estados Unidos de América ó en las Antillas; de seis meses si en la América del Sur ó en Europa y de ocho meses si en cualquiera otra parte.

La Prueba confesional podía ser judicial, es decir, la hecha ante juez competente, al contestar la demanda ó al absolver posiciones; es extrajudicial la confesión aquella que se practica ante juez incompetente o ante dos testigos, especialmente en este Código se hace la exigencia para el que deba absolver posiciones, que lo haga bajo protes-

ta de decir verdad, que curiosamente Joaquín Escriche (27) explica que - esta declaración de conducirse con verdad se debe entender como "la testificación ó declaración espontánea que se hace para adquirir ó conservar un derecho..." "... llámase protesta, porque quien la hace manifiesta que no tiene ánimo de hacer lo que va a hacer".

Distingue a los instrumentos públicos de los documentos -- privados, en cuanto que estos carecen de elementos esenciales de aque- -- llos; entre éstos tenemos que un documento ó instrumento público expedido con arreglo a derecho, sean auténticos emitidos por funcionarios públicos en lo referido al ejercicio de su cargo; los que se hallen en los -- archivos públicos, las certificaciones de constancias existentes en los -- archivos parroquiales y anteriores al establecimiento del registro público, los que sean partidas del registro civil y finalmente las actuacio-- nes judiciales de toda clase.

Respecto de la prueba pericial, este código consignaba que este medio probatorio tendría lugar en los negocios relacionados con alguna ciencia ó arte y cuando la ley lo permitiera; interesantes son las -- reglas para el desahogo de la prueba testimonial, por cuando padecen de -- defectos técnicos que desgraciadamente son heredados en la legislación vi-- gente; entre ellas tenemos que toda aquella persona que no tenga impedi-- miento legal para declarar podrá ser testigo, inmediatamente apunta que -- no pueden ser testigos: el menor de 14 años, sino en caso de absoluta ne-- cesidad, excepción dejada a criterio del juez; los incapaces por ser de-- mentes ó idiotas ó ebrios consuetudinarios, el falsificador, ya sea de --

---

(27) ESCRICHE, JOAQUIN, Diccionario Razonado de Legislación Civil, Pe -- nal, Comercial y Forense. Valencia. Imprenta de J. Ferrer de -- Orca. 1838. p. 539.

dicho, letra, moneda ó sello, el tahir de profesión, queriendo decir el legislador, aquella persona que practicaba los juegos de suerte y azar ó de fortuna de manera habitual y lo hacía su medio primordial de sustento económico, los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo grado, a no ser que el juicio versare sobre determinación de edad, parentesco, estado de hijo, divorcio ó nulidad de matrimonio; no podía ser testigo un conyúge a favor del otro, en que tengan interés directo ó indirecto en el pleito ó dependan ya por vivir a expensas ó del sueldo del que los presenta, el enemigo manifiesto, el propio juez en el negocio que conoció, el tutor y el curador por los menores y éstos por aquellos, sólo mientras no fueran aprobadas las cuentas de la tutela.

Por otra parte, el exámen de los testigos se hacía con sujeción a los interrogatorios que presenten los litigantes, excepción hecha sobre los hechos confesados judicialmente; previa toma de su nombre completo, edad, estado civil, domicilio, si son parientes ó enemigos de algunos de los litigantes y en que grado, si tienen interés directo ó indirecto en el pleito ó en otro semejante y finalmente si son amigos ó enemigos de las partes.

La fama pública requería para su admisión como tal, que se refiriera a una época anterior al juicio y originada de personas que sean conocidas, honradas, sin interés en el negocio de que se trate y que no tenga por fundamento las preocupaciones religiosas ó populares; ni las exageraciones de los partidos políticos, asimismo, reconocía a la Presunción como medio de prueba, distinguiendo la legal, como la consecuencia que la ley de forma expresa establece y resulta aplicable de manera inmediata y directa al caso controvertido, de la humana, motivada -

en una deducción del juez del conocimiento a partir de un hecho conocido, ya sea mostrada por las partes, ya del análisis de lo relacionado -- en la demanda y su contestación y probado por los litigantes, para averiguar otro desconocido, siendo este hecho consecuencia cierta de aquél.

El Código de Procedimientos Civiles de 1872, dejó de tener vigencia al expedirse el de 1880, cuya única peculiaridad fue la de cambiar el numeral del articulado anterior, pues las disposiciones en materia probatoria son idénticas, en 1884 se expide un nuevo Código de Procedimientos Civiles que como únicas novedades contiene, refiriéndose a los mismos medios de prueba, las siguientes.

Refiriéndose a la confesión extrajudicial, a diferencia de lo establecido en los dos ordenamientos precedentes, se reconoce sólo la hecha ante juez incompetente, eliminando por tanto la hecha ante dos testigos.

En cuanto a los instrumentos y documentos, aclara que por testimonio se entiende la primera copia de una escritura pública expedida por el notario ante quien se otorgó; auténtico se llama a todo instrumento que esta autorizado y firmado por funcionario público que tenga -- facultad de certificar y además lleve el timbre ó sello de la oficina -- pública.

Abrogado el Código de Procedimientos Civiles de 1884, por el de 1932, se dió un gran paso al contener éste grandes avances técnicos procesales, ya que dotó al juez de amplias facultades para hacerse de la verdad beneficiando a las partes y a la sociedad misma; adoptando el sistema probatorio mismo para la apreciación de los medios de prueba y evitar los extremos del sistema de la prueba libre y del sistema de la

prueba libre y del sistema de la prueba legal ó tasada.

## 2.1 CONFESIONAL

Admitir que las cosas, circunstancias, mecanismos son me dios de acreditamiento, medios de convicción y medios de confirmación, - sujetos a los calificativos de idoneidad, legalidad y eficacia, si es - deseo del oferente producir prueba, no necesita de una gran reflexión; - en efecto, la confesión es un medio encaminado a confirmar las afirmaciones que la parte que la ofrece hizo en determinados actos de comparencia, ya al plantear la demanda o al contestarla.

Al decir de Joaquin Escriche (28) en su Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense, la confesión es: "La declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma - sobre la verdad de un hecho. Es judicial o extrajudicial: judicial es la que hace ante el juez, y extrajudicial la que se hace fuera de juicio". Asimismo Don José de Vicente y Caravantes (29) refiriéndose únicamente a la confesión judicial, en virtud del singular valor que le -- otorga la legislación adjetiva, indica que "confesión o declaracion judicial, considerada como medio de prueba, es la contestación que da un litigante a la pregunta dirigida por su contrario o por el juez de oficio, reconociendo la verdad de un hecho, o el derecho o la excepción de su - colitigante, o la obligación contraída por el que confiesa"; acertadamente el maestro Rafael de Pina (30) en sus Instituciones de Derecho Procede

---

(28) ESCRICHE, JOAQUIN. Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. Imprenta de J. Ferrer de Orga. Valencia, 1838. pp. 131.

(29) DE VICENTE Y CARAVANTES, JOSE. Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil. Imprenta de Gaspar y Roig, Editores. Madrid, 1856. pp. 179.

(30) DE PINA RAFAEL Y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ed. América. México, 1946. pp. 241.

sal Civil, concluye prácticamente que: "Es una declaración de parte que contiene el reconocimiento de un hecho de consecuencias jurídicas desfavorables para el confesante".

Se ha discutido ciertamente, si la confesión implica una disposición de derechos subjetivos, por virtud del reconocimiento que se hace de un hecho, y al que la ley prohíbe producir versiones posteriores en sentido contrario en un procedimiento judicial simulado, es decir, el confesante, sin ser órgano jurisdiccional, resuelve una controversia de hechos por su simple declaración protestada; aún cuando se pudiera pensar en que el juez del conocimiento se concretara a adecuar el derecho a los hechos disueltos por la verdad del declarante, diversas legislaciones estudiosas del asunto han decidido aislar al tribunal de la causa de la obligación de tomar el hecho confesado como base de decisión, oponiéndose a que la litis quede a disposición de las partes, sobran las ocasiones en que una Sucesión es demandada para el otorgamiento de escrituras referentes a bienes inmuebles de la masa hereditaria, por supuestos contratos de compraventa perfeccionados en vida del autor de la sucesión, en cuanto a cosa y pago del precio, y por virtud de la muerte ha surgido la imposibilidad de otorgar la escritura pública; acude el albacea a confesar la demanda, ratifica tal declaración, se cita a las partes a oír sentencia y dada la fuerza probatoria de la confesión el juez del conocimiento ordena la firma de la escritura; se ha de considerar a la confesional tan eficaz para que las partes obtengan beneficios que no les corresponden, o se debe apremiar al órgano jurisdiccional para que evite estos negocios jurídicos de las partes y aprecie en conciencia o aplique la voluntad de la ley; considero ésta opción la más acertada; tradicionalmente, los modelos legislativos procedimentales han utilizado el sistema mixto de apreciación de las prue-

bas, incluso el Derecho Mexicano la ha adoptado, en razón de que ofrece a los sujetos de derecho la garantía de seguridad jurídica; sin embargo el juzgador debe ser cuidadoso al vertir su criterio de apreciación, -- toda vez que a primera vista observará que el confesante reúna los elementos de capacidad y objeto de la confesión; es decir, que el absolvente sea capaz de soportar las consecuencias jurídicas que guarda la confesión y que el interés que persiga sea el lógico de acuerdo al planteamiento del juicio, aún cuando dicho interés puede tener diversas concepciones, se debe considerar como válido en cuanto justifique la obtención, o ratificación de un derecho subjetivo que estima propio. Ahora bien, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, permite a los tribunales, en su artículo 279 la ampliación o práctica de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados, en suma he de -- decir, que el juez no debe limitarse a considerar a la confesión como -- único y suficiente medio de prueba para resolver un litigio, sino que -- debe aprovechar la facultad que la ley le otorga y encontrar la luz verdadera y sobre ésta resolver y así evitará se lesionen derechos de terceros opositores; por otra parte, es prudente analizar ahora la clasificación de la confesional, para determinar la fuerza probatoria real de la misma.

La confesión se ha clasificado en dos grandes grupos, la judicial y la extrajudicial; entendemos por la primera la desarrollada dentro de un procedimiento también judicial y llevada a cabo a solicitud de las partes en conflicto, para que su contrario declare, bajo protesta de decir verdad, respecto de los hechos afirmados tanto en la demanda como en la contestación, según sea el caso; el artículo 308 del -- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal nos señala la

oportunidad de su ofrecimiento y el 289 del mismo ordenamiento adjetivo-la reconoce como un medio de prueba legal; la confesión extrajudicial,-- es la producida fuera del proceso judicial donde importe, es decir, se-- refiere a hechos fijados en la litis, pero no vertida ante el juez que - la conoce, sino ante uno diverso; al respecto Eduardo Bonnier (31) dice: "La confesión judicial se define (art. 1356, Ibid): la declaración que - hace en juicio la parte o su apoderado especial. Más para que sea judi- cial la confesión es necesario que se verifique en el curso de la instan- cia actual, pues la confesión hecha en otra instancia debe considerarse- como extrajudicial".

Ahora bien, la confesión judicial se divide en expresa y - tácita, simple y cualificada, ésta última se subdivide en dividua o indi- vidua; los autores de la materia consideran a la confesión judicial ex- presa a la declaración que se hace con palabras o señales que manifies-- tan claramente lo que se confiesa y tácita o ficta la que se infiere de- algún hecho o se supone por la ley; simple es la que hace el litigante - confesando lisa y llanamente lo que se le pregunta y cualificada, la que se hace reconociendo la verdad del hecho contenido en la pregunta, pero añadiendo circunstancias o modificaciones que restringen o destruyen la intención del contrario; dije que ésta se subdividía en dividua, la que contiene circunstancias o modificaciones que son independientes o pueden separarse del hecho sobre que recae la pregunta e individua que es la -- que contiene modificaciones o circunstancias que no pueden separarse del hecho preguntado.

---

(31) BONNIER, EDUARDO, Tratado Teórico Práctico de las Pruebas en Dere- cho Civil y en Derecho Penal, Ed. Hijos de Rema., Madrid. 1902. pp. 407.

En suma, la confesión judicial expresa puede investirse de los calificativos de simplicidad, cualidad, cualidad divisible y cualidad indivisible; por otro lado, la confesión tácita encuentra su fundamento legal en el artículo 322 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, disposición que ordena declarar confeso a la parte que debiendo comparecer a absolver posiciones no lo hace y además no justifica su ausencia, al litigante que se niegue a declarar cuando así lo haya solicitado el colitigante y en el caso de que el absolvente insista en no responder, ya para afirmar, ya para negar las posiciones que se le articulen, asimismo, la ley supone la confesión de los hechos afirmados por las partes, cuando el que haya de contestar una demanda no lo haga dentro del término judicial concedido, considerando dicha confesión negativa si el juicio importa a las relaciones familiares o el estado civil de las personas, en todo caso el Órgano jurisdiccional mandará abrir el negocio a prueba, todo ello con fundamento en los artículos 266 y 271 -- del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en tal -- virtud, debemos reconocer que el demandado será declarado confeso si -- ante los asertos de su contrario se muestra rebelde, es decir, no los -- contesta o haciéndolo lo realiza con evasivas, sin referirse propiamente a cada uno de ellos; por otro lado, debemos aclarar que eficacia probatoria tiene la confesión ficta, porque el juez del conocimiento no puede -- dejar a voluntad de las partes la administración de justicia, ni concretarse a aplicar la norma hipotética al caso concreto, sin antes recibir otros medios probatorios y deducir la verdad oculta entre lo planteado -- por el actor; la respuesta nos la da el artículo 266 del Código adjetivo arriba citado, al decir que la admisión tácita de los hechos se referirá a aquellos que no susciten controversia, obviamente, los que la provocan deberán ser confirmados con otros medios de prueba.

Al efecto, el maestro José de Vicente y Caravantes (32), - señalaba que: "De lo expuesto en la precedente numeración de las circunstancias que la confesión debe contener, puede deducirse, que según su -- doctrina, lo que el litigante expone en la demanda o en otros escritos, - aunque sea sin juramento, se reputa como confesión judicial. Pero la -- práctica, más constante y mejor fundada, ha establecido que sea necesaria la ratificación del litigante en la presencia judicial, conforme a -- derecho, para que se repunte confesado de ese modo lo que en sus escritos manifiesto", sin lugar a dudas, los principios de seguridad jurídica y -- certeza jurídica quedaban en el más completo desamparo, toda vez que el confesante ya expreso o ficto se juzgaba a sí mismo, asimilando a la confesión a la autoridad de cosa juzgada, afortunadamente los procesalistas modernos han desligado la verdad absoluta de la confesión jurada, de lo que es el conocimiento de los hechos propios del absolvente y la materia del juicio, sin embargo, la corrupción de los usos ha provocado que la confesión pierda eficacia probatoria y se le considere como una testimonial de las partes, toda vez que los intereses particulares han venido -- suplantando a la necesidad de justicia, de permanecer en un estado de -- derecho, sin que nadie aproveche lo que no le corresponde; por tanto es aconsejable que un litigante no confíe el éxito de sus pretensiones a la fuerza probatoria de la confesional.

Por otra parte, el ofrecimiento, admisión y desahogo de la confesional, se rige en materia civil común, por los preceptos contenidos en el Código de Procedimientos Civiles, estudiaremos el del Distrito

---

(32) DE VICENTE Y CARAVANTES, JOSE, Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil. Imprenta de Gaspar y Roig. Editores, 1856. Madrid. pp. 183.

Federal porque conviene aplicar la experiencia obtenida en el Tribunal Superior de Justicia Local, así el principio lo marca el artículo 308, aludiendo al momento en que ha de recibirse dicha probanza; desde que se abra el período de ofrecimiento de pruebas hasta antes de la audiencia, cualquiera de las partes puede exigir de su contrario la absolución de posiciones legales que le formulara; sin embargo, dicha norma condiciona al oferente a cuidar que la prueba goce de un plazo prudente para su debida preparación, aún cuando no señala la sanción en que ha de incurrir el que la contravenga, cabe recordar las técnicas interpretativas utilizadas a lo largo de la historia del Derecho para descubrir lo inoperante del último párrafo del mencionado artículo 308, en suma puedo decir que la escuela exegética procuró indagar la voluntad del legislador impresa en la norma a través de una interpretación gramatical de la misma, limitando al juzgador para declarar derechos existentes de las partes, a la adecuación de los hechos concretos a lo que las palabras escritas en determinado ordenamiento jurídico significaban, afortunadamente para la ciencia jurídica, la terminología utilizada fue superando las acepciones comunes, vulgares de cada fonema, toda vez que una interpretación gramatical limita la proyección en el tiempo de cualquier precepto de Derecho, nos enteramos de lo que el legislador dijo al tiempo de realizar la norma, sin embargo, tal técnica interpretativa no serviría para provecho futuro, en razón de la dinámica jurídica; ahora bien la escuela alemana del Derecho libre, interpreta a la norma procurando encontrar en ella el ánimo de justicia que plasmó el legislador al crearla, creo que tal técnica ofrece al juzgador y a cualquiera que se valga de ella, la oportunidad para encontrar la justificación a sus pretensiones y la correcta decisión para administrar justicia. Así tenemos, que la parte que decida ofrecer en beneficio de su causa, la prueba confesional a car

go de su contrario, un minuto antes de que se declare abierta la audiencia de recepción de pruebas, no molesta lo mandado por el precepto estudiado, debiendo el juzgador admitirla sin más trámite, una vez requisitados los elementos de procedibilidad, ordenando su preparación como veremos más adelante. Finalmente, cuando alguna de las partes ocurra a una segunda instancia para combatir alguna resolución definitiva de un juez inferior, puede ofrecer la prueba confesional, sin necesidad de que se mande por la Sala Superior recibir el negocio a prueba, siempre y cuando lo solicite desde que se pongan a su disposición los autos para que exprese agravios hasta antes de la celebración de la vista, y la confesión judicial verse sobre hechos controvertidos no contenidos en las posiciones de primera instancia.

Los requisitos para la eficacia de la confesión a que me referí arriba, se contienen en las siguientes condiciones: a) que se haga la confesión, por persona capaz de obligarse, al efecto dice el maestro Rafael de Pina (33): "Esta condición se funda en el erróneo concepto que considera la confesión como un acto de disposición de derechos privados", es decir, al requerir del absolvente la capacidad para sufrir los perjuicios que su confesión ocasione, nos estamos olvidando de que la administración de justicia compete únicamente al órgano atribuido de tal función, y éste a declarar derechos ya existentes no a provocar nuevos a través de la voluntad de los litigantes, al decir el artículo 402 fracción I del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, -- que: "Art. 402. La confesión judicial hace prueba plena cuando concurren en ella las siguientes condiciones:

---

(33) DE PINA, RAFAEL y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ed. América, México. 1946. pp. 245.

.I. Que sea hecha por persona capaz de obligarse..." olvida lo anterior y que sólomente pueden comparecer a juicio los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y a absolver posiciones las partes del mismo, no extrañosa el; en todo caso, existe la representación legal y contractual para que comparezcan en su nombre, por tanto -- está por de más añadir que tal condición sobra; si deseamos pensar que -- el legislador no olvidó que la declaración judicial de los derechos privados no está a disposición de las partes, debemos concluir que se debe eliminar tal condición porque repite lo ordenado por el Capítulo I del Título II del Código adjetivo.

b) Otra condición de eficacia probatoria para la confesional, es que se practique con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia, -- el maestro Joaquín Escriche (34) define al conocimiento en su Diccionario Razonado, diciendo: "El acto de entender en las causas y determinarlas", así tenemos que el confesante debe saber, claramente, sobre que -- hecho declara; por otro lado tenemos que el articulante debe formular -- sus posiciones de tal forma que contengan, entre otros requisitos, hechos propios del absolvente y que no sean insidiosas, para evitar hacerlo caer en error, sin embargo, algunos autores como Rafael de Pina (35) -- comentan: "La confesión ha de recaer sobre una cosa, cantidad o hecho -- determinado. No siendo así no perjudica al confesante. El error sobre el hecho invalida la confesión", por mi parte, de estos dos planteamientos, el del artículo 402 fracción II y lo opinado por Rafael de Pina, --

---

(34) ESCRICHE, JOAQUIN, Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. Valencia Imprenta de J. Ferrer de Orga, 1838. pp. 137.

(35) DE PINA, RAFAEL y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ed. América, México. 1946. pp. 246.

concluyó que, acertadamente se persiguen las finalidades de la prueba -- confesional al exigir al articulante la formulación de posiciones referidas a hechos pertenecientes del que absuelve, no hay nadie más que pueda ilustrar al juzgador sobre los hechos de la litis, de manera directa y viva; tratándose de representantes de personas morales, es lógico desligar éste último concepto dada su naturaleza, también es correcto que el desarrollo de la confesión se produzca en un medio adecuado, a falta de éste, se conceden al tribunal la aplicación de medidas disciplinarias a las partes con fundamento en los artículos 61 y 62 del código adjetivo -- para el Distrito Federal, sin embargo, el error sobre el hecho declarado no debe invalidar la confesión, mucho menos el error sobre el derecho, -- habida cuenta que calificada de legal una posición, su formulación y contestación forman parte del desarrollo procesal y si se imponen sanciones procesales a la parte que deja de contestar una vista o no ofrece sus -- pruebas oportunamente o no contesta una demanda, a menos que pruebe la -- justificación de su omisión, ya sea por vicios en la notificación o emplazamiento, también debe considerarse válida la confesión practicada -- sobre algún hecho, aún cuando el absolvente erróneamente haya respondido, toda vez que la posición no era insidiosa, a criterio del tribunal y el mismo tenía pleno conocimiento respecto de lo que se le inquiría, no debe el tribunal subsanar tal declaración después de que se ha ratificado, como lo dispone el artículo 320 del ordenamiento adjetivo, a través de la solicitud de nulidad para lo declarado erróneamente o con violencia, toda vez que asesorado el absolvente puede rectificar su declaración de acuerdo a su interés y si al momento de recibirla no le permite estar asistido ni por abogado o procurador, tampoco lo debe estar para -- modificar los supuestos errores, a cambio de esto obtenemos confesiones -- naturales, frescas, directas como lo pretende el espíritu de la confesio

nal.

c) Por otro lado, la confesión judicial debe versar sobre un hecho propio del que la hace, o en su caso del representado o del cedente y concerniente al negocio jurídico que se ventile; al decir de la fracción III del comentado artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es decir, el autor de un hecho es el único que puede declarar directamente sus pormenores y circunstancias; es más fácil, por otra parte, ocultar la verdad, cuando el declarante no es el interesado, que cuando éste mismo comparece a presencia del Juez para responder sobre lo que se le pregunta, es por esto que la ley, de una manera acertada, permite que la diligencia de desahogo de la confesional se desarrolle con las partes, aún cuando tengan apoderado suficientemente instruido; el maestro Joaquín Escriche (36) explica que un hecho es: "El caso sobre que se litiga, o que da motivo a la causa", agrego que el hecho propio o personal es aquel en que ha intervenido la persona que confiesa; en efecto, la confesión judicial a cargo de personas participantes de los hechos controvertidos, es posible gracias a la autorización concedida por los artículos 308 y 310 del ordenamiento adjetivo citado, sin embargo, la confesión practicada por el representante o el cesionario ofrece problemas complejos, el primero referido al impedimento para declarar circunstanciadamente un hecho cometido por el representado o cedente, tratándose de personas morales éstos últimos; doctrinalmente se ha considerado que las declaraciones de los representantes desvirtúan la naturaleza de la confesión, toda vez que desde la manera en que ha de

---

(36) ESCRICHE, JOAQUÍN, Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. Valencia Imprenta de J. Ferrer de Orga, 1838, pp. 246.

rendirse, a través de respuestas a posiciones formuladas, se denota que debe ser el declarante el sujeto activo del hecho controvertido, aún tratándose de los cometidos por personas morales, a efecto de que afirme o niegue categóricamente los hechos constitutivos de una acción o de una excepción y no aporte una información propia de la prueba testimonial, sino el reconocimiento de los citados hechos constitutivos. El artículo 310 del código adjetivo para el Distrito Federal, faculta al procurador a absolver posiciones, siempre que goce de la autorización para hacerlo en el mandato conferido; así es que tratándose de un litigante persona moral, puede comparecer a absolver posiciones cualquiera con facultades expresas y declarar según su conveniencia. Ahora bien, el cesionario -- puede absolver posiciones en nombre del cedente, debemos entender que -- sólo para este efecto se permite la representación; la cesión de derechos opera cuando un acreedor transmite a otro los que tenga contra su deudor, en tal virtud, el título de la transmisión de las obligaciones -- contenido en el Código Civil para el Distrito Federal, es aplicable al -- párrafo estudiado, es decir, se deben considerar facultados para absolver posiciones al cesionario respecto del cedente, al subrogatario en -- los casos de subrogación, ya convencional, judicial o legal y al causahabiente en los casos de causahabencia.

d) Finalmente, la fracción IV del artículo 402 del ordenamiento adjetivo refiere la condición de validez de la prueba confesional, a su práctica conforme a las formalidades de la ley; este requisito se refiere a la confesión judicial, la extrajudicial no está sujeta a -- forma alguna; mientras tanto las formalidades procesales exigidas en la confesión judicial tienen un valor pleno y su cumplimentación obligatoria a efecto de garantizar la seguridad de la prueba. Así tenemos que -- después de ofrecida la prueba, el juez admitirá la probanza y ordenará --

citar al absolvente, por una sola vez, para que comparezca el día y hora que señale a efecto de que admita o rechace las posiciones sostenidas -- por el articulante, dicha citación deberá practicarse cuando menos el -- día anterior de la fecha de la diligencia; generalmente el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal sostiene el criterio de que debe -- ser 24 horas antes la notificación, y no precisamente el día anterior -- como lo expresa el artículo 309 del código adjetivo, ahora bien, la cita -- ción deberá contener el apercibimiento consignado en la parte final de -- éste precepto declarándolo confeso al dejar de comparecer y no justifi-- car su inasistencia. El día de la diligencia, el juez abrirá el pliego-- de posiciones, si lo hubiere, y calificará las mismas de acuerdo a los -- lineamientos que adelante expreso, el absolvente firmará el pliego de po -- siciones y procederá a responderlas, sin asistencia alguna, de manera -- categórica, ya negando o afirmando las posiciones articuladas y aclaran-- do lo que estime conveniente; si el absolvente no comparece, no obstante -- estar legalmente citado, el juez procederá a declararlo confeso de las -- posiciones que califique de legales. La parte que promovió la prueba -- puede, una vez articuladas las posiciones del pliego, formular otras de -- manera oral y el absolvente, previa solicitud fundada en el artículo 318 -- del Código de Procedimientos Civiles, a formularlas a su articulante. -- Ahora bien, según el decir del artículo 326 del ordenamiento legal cita-- do, las autoridades, las corporaciones oficiales y los establecimientos-- que forman parte de la administración pública, absolverán posiciones me-- diante oficio.

    Espacio aparte merecen las normas referidas a las posicio-- nes, toda vez que conforman fundamentalmente el éxito o fracaso de la -- credibilidad que se quiera aportar con tal medio de prueba, así tenemos-- que una posición bien formulada debe referirse a un sólo hecho y debe --

concretarse precisamente a los controvertidos en el momento procesal en que se actúa y ser propio del que absuelve, salvo los casos de representación antes aludidos; no ha de ser insidiosa, es decir, que no moleste la inteligencia del absolvente, aquí cabe decir que el criterio del juzgador al calificar las pruebas destaca la molestia o no citada, el juez precisa la inteligencia del absolvente, antes de determinar si éste puede o no contestar; en fin, se limita la habilidad del articulante para sacar a la luz la verdad oculta, para referir enérgicamente al absolvente sobre hechos cometidos por él y negados en juicio, simplemente porque la verdad es única, no admite desviaciones, es o no es algo acontecido, dicho sea de paso, los litigantes ocultan en sus afirmaciones, ya en la demanda o en la contestación, partes de verdad sobre lo sucedido, el juzgador hábilmente debe descubrirlas, pero nunca interroga a las partes como lo faculta la parte final del artículo 318 del ordenamiento adjetivo, entonces corresponde a las partes el justificar la veracidad de sus afirmaciones, formulando posiciones estratégicas que lleven al absolvente a mostrar la verdad, que interesadamente guarda, lucrando con la administración de justicia; por tanto considero que las posiciones deben ser aseveraciones que el absolvente pueda rechazar o admitir categóricamente, sin que el tribunal prejuzgue la intención de la posición o la inteligencia del absolvente.

## 2.2 TESTIMONIAL

La testimonial es un medio de convicción producto de las declaraciones de personas, siempre terceros extraños al juicio, respecto de los hechos debatidos en el proceso, encuentra su fundamento cuando el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, reglamenta -- generalidades sobre la prueba, específicamente en sus artículos 288 y -- 289 fracción VI; el primero de ellos obliga a los terceros, en todo -- tiempo, a prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad y faculta a los tribunales a requerir de los terceros, si alguno de los litigantes lo pidiese, por los medios de apremio más eficaces, la -- exhibición de documentos y cosas, así como rendir información pertinente a los hechos debatidos. El mismo precepto exceptúa a los ascendientes, -- descendientes, cónyuges y personas que deban guardar secreto profesio- -- nal, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que -- estén relacionados; por su parte la fracción VI del artículo 289, enumera a la testimonial como un medio de prueba reconocido por la ley.

Siguiendo un orden lógico de ideas, debemos considerar -- como premisa mayor, que todos los que tengan conocimiento de los hechos -- que las partes deben de probar, están obligados a declarar como testi- -- gos, excepción hecha de los imposibilitados por la parte final del artículo 288 citado, en el caso que señala, es decir, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que están relacionados; ahora -- bien, diversos autores han considerado el concepto de testigo, los más -- claros el maestro Carlos Cortés Figueroa (37) que dice: "la persona ca-

---

(37) CORTES FIGUEROA, CARLOS. "Introducción a la Teoría General del Proceso". México, D. F. 1975. Ed. Cárdenas. p. 338

paz, extraña al juicio, que es llamada a declarar sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos"; a su vez Joaquín Escriche (38) - cita como testigo: "la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos. Para ser testigo se necesita edad, conocimiento, probidad e imparcialidad"; por su parte Manuel de la Plaza (39), comenta a la figura del testigo así: - "Por lo que se refiere al sujeto de la prueba, aunque la idea de testimonio es lo suficientemente amplia para que bajo ese concepto quepa lo mismo el que emana de las partes que el referente a un tercero, cuando los Códigos se ocupan del testimonio, refiriéndola a la llamada prueba testifical, es únicamente el tercero quien puede ser sujeto de esta prueba; - y ésta consideración, que a primera vista parece no tener sino un valor conceptual, trasciende en ocasiones del puro terreno de los principios, - sobre todo aquellos casos (los de sustitución principalmente) en que no sea el mismo el sujeto de la litis que el titular del derecho material. Para precisar los términos de este problema, y sin recurrir a otros ejemplos que los que de ordinario traen los autores, es patente que las partes no pueden testificar en causa propia, conforme al principio "nullus idoneus testis in re sua intelligitur", ni tampoco cuando, por causa de la relación material, su condición se asimila más a la de la parte que a la de tercero".

La prueba testimonial se caracteriza generalmente como - circunstancial, pues los testigos han presenciado los hechos de manera - accidental, sin embargo, ante la mala fe de un futuro litigante o un abu

---

(38) ESCRICHE, JOAQUIN. Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. Valencia Imprenta de J. Ferrer de Orga, - 1838. p. 656.

(39) DE LA PLAZA, MANUEL. Derecho Procesal Civil Español. Vol. I. Madrid, 1954. Impresiones Gráficas España. p. 553.

sivo abogado, se fabrica la información testimonial, el primero procurándose testigos al momento de concertar operaciones y el segundo haciéndolos aparecer en una contienda judicial, al efecto Hugo Alsina (40) expone: "Efectivamente el testimonio se funda en una doble presunción: la de la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad y la de su fundamento moral; es decir, que el testigo no se ha engañado y de que no trata de engañar al juez".

Al realizar el exámen de la evolución histórica de la -- prueba, se demostró que en las sociedades antiguas, cuando el acusado no confesaba el hecho que se le imputaba, se recurría a los testigos, no sólo porque se consideraba a la palabra como un medio suficiente de convicción, sino porque la escritura no estaba desarrollada; sin embargo, cuando la práctica de la escritura se extendió, superó en importancia probatoria a la testimonial, por la permanencia de sus consignaciones y lo -- difícil de su corrupción.

De nueva cuenta Hugo Alsina (41) razona acertadamente el concepto de la testimonial, al decir: "El testimonio no es una declaración de voluntad sino una manifestación del pensamiento. No se trata de crear, modificar o extinguir estados jurídicos, sino simplemente de narrar al juez los hechos tal como han sido percibidos por el testigo. Su obligación principal, por consiguiente, es decir toda la verdad y nada más que la verdad"; pero no obstante los peligros que entraña la administración de la prueba, es indispensable su existencia, no pueden las partes ni los tribunales prescindir de su información.

---

(40) ALSINA, HUGO. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editores, S. de R.L., 1942. Buenos Aires. Tomo II. pp. 390.

(41) Ibidem. pp. 391.

Por otro lado, la prueba testimonial, como diversos medios de prueba legales, tiene por objeto la comprobación de los hechos litigiosos, por consiguiente el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la somete a la regla del artículo 356, que obliga a los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben probar, a declararlos en calidad de testigos; aún cuando este precepto señala genéricamente al sujeto de la prueba como testigo, éste sufre calificaciones de acuerdo al medio por el que obtuvo el conocimiento de los hechos debatidos, así encontramos al testigo abonado, que es el que no tiene tacha legal, es decir, que nada afecta su credibilidad; el testigo de oídas, aquel que declare en algún asunto, acerca de lo que a otro oyó; testigo ocular, el que se manifiesta en un caso como presente; el testigo instrumental, el que asiste al otorgamiento de una escritura; testigo judicial, aquel que declara ante un tribunal, y el testigo falso, al que declara violando la verdad.

El procedimiento a que se sujeta la prueba testimonial, se reduce a su ofrecimiento dentro del período probatorio; la parte oferente debe preparar cuidadosamente su prueba, si acaso le es imposible presentar por cuenta propia a sus testigos, debe manifestar bajo protesta de decir verdad dicho impedimento y solicitar del tribunal que conoce el asunto, que los cite, si se es omiso, el órgano jurisdiccional lo obligará a presentarlos, apercibido de declararle desierta la prueba, si no cumple tal carga procesal. Caso contrario acontecerá, si el oferente hace la manifestación bajo protesta y por lo tanto el juez podrá apercibir al testigo, hasta con quince días de arresto o multa hasta de tres mil pesos, si no comparece sin causa justificada, o que se niegue a declarar.

Para el desahogo del exámen testimonial, las partes formularán su interrogatorio de manera oral, al momento de su recepción; -- las preguntas deben ser relacionadas con los hechos controvertidos y no contrarias al derecho o la moral, deben ser claras y contener un hecho debatido cada una de ellas; el oferente y posteriormente los demás litigantes podrán interrogar a los testigos; la diligencia en que se desahogue la testimonial, deberá ser llevada a cabo en un sólo día, a efecto de impedir que los testigos se comuniquen entre sí. Por su parte el artículo 366 confirma la facultad del tribunal, para interrogar al testigo, que señala el artículo 288, ambos del Código Adjetivo Civil.

Por último, el incidente de tacha de testigos, puede ser promovido al momento del exámen testimonial o dentro de los tres días -- siguientes, y su fundamento radica en la creencia de que las declaraciones rendidas son falsas, ya por error, violencia o por interés de cualquier tipo; el juez de la causa debe ser cauto para otorgar valor probatorio al testimonio, en razón de que el testigo miente por miedo, error de apreciación o por un interés creado.

## 2.3 DOCUMENTAL

Desde el Derecho Romano, el acreedor de una obligación civil se permitía el ejercicio de una determinada acción para el caso de incumplimiento; por otro lado, el negocio celebrado sin la debida forma producía una obligación natural, cuyo poseedor no encontraba acción alguna que ejercitar para forzar el cumplimiento, con la civilización jurídica de las sociedades, la razón o conciencia jurídica de los sujetos de derecho se ha visto superada, es decir, la celebración de diversos actos jurídicos se ha venido representando materialmente, olvidando el principio de la palabra; así tenemos el desarrollo de la escritura para fijar duraderamente dichos actos y el avance de la legislación positiva para garantizar seguridad a los contratantes.

Se considera a la escritura, papel, título o documento el instrumento con que se justifica o prueba alguna cosa; Giuseppe Chiovenda (42), en sus Instituciones de Derecho Procesal Civil, atribuye a los documentos la mayor importancia en materia de prueba, sin embargo, la condiciona de manera general a que: "la manifestación de pensamiento reproducida está más o menos relacionada con los hechos de la causa, parezca más o menos seria y sincera; la reproducción sea más o menos fiel y atendible"; como se apunta en el párrafo anterior, el vínculo existente entre el documento y el derecho necesitó ser legislado, a efecto de determinar su mayor o menor correspondencia, por su parte Chiovenda (43) afirma:

a) "Puede suceder que un derecho sea tan estrechamente -

---

(42) CHIOVENDA, GIUSEPPE. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Volúmen III. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, - - 1940. pp. 246.

(43) Ibidem. pp. 247.

inherente al escrito, que no pueda poseerse si no se posee el documento; que no pueda transmitirse sino con la posesión de éste.

b) Puede suceder, en cambio que un derecho, aún no siendo inherente a la posesión del documento, no exista si no ha sido hecho -- constar al surgir mediante acto escrito: de modo que el documento, contemporáneo necesariamente de la relación jurídica, se toma como un elemento de ésta (ad solmmitatem). Se aplica en consecuencia en estos casos al documento la ley del tiempo en que ha nacido la relación.

c) En otros casos es tomado el escrito por la ley como -- prueba de la relación, con exclusión de cualquier otra prueba (ad probationem). Se aplica en este caso la ley del momento en que se sustancia el proceso. La prueba escrita puede ser posterior al nacimiento de la -- relación.

d) Otras veces el escrito es una simple prueba que concurre con cualquier otra sin excluir a ninguna".

Por su parte Hugo Alsina (44) opina respecto de la importancia de la prueba documental que: "Después de la confesión, la prueba instrumental es una de las más eficaces, no sólo porque consigna con -- exactitud el pensamiento de las partes al celebrar un negocio jurídico, -- evitando que con el tiempo se borren de la memoria las circunstancias y pormenores que se tuvieron en cuenta en ese momento, sino por la seguridad que importa para la estabilidad de los derechos la exigencia por pag

---

(44) ALSINA, HUGO. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editores, S. de R. L., Tomo -- II. Buenos Aires, 1942. pp. 290.

te de la ley de formalidades determinadas respecto de ciertos actos y -- de la regulación por la misma de su fuerza probatoria, no sólo entre las partes, sino también con relación a terceros".

Así tenemos que con relación a los documentos, se contemplan tres situaciones: la referida a los actos formales, cuya existencia depende de la creación del instrumento; la referida a los actos formales cuya existencia pueda probarse por otros medios y los actos no formales-- cuya existencia puede probarse por cualquier medio de prueba; en conse-- cuencia, ciertos hechos sólo podrán probarse mediante los respectivos -- instrumentos autorizados por la ley, restringiendo la admisión de la --- prueba testimonial y con ésto la confiabilidad en la palabra del hombre.

Por otro lado, la clasificación de los instrumentos se -- funda en la calidad de los sujetos que los otorgan, distinguiéndose en - el Código de Procedimientos Civiles para el D. F., por tal circuns-- tancia, los documentos públicos y los privados; estos se han definido como-- aquellos que se otorgan entre particulares, sin intervención de funcionario con fe pública, que los autoricen o los legalicen; de manera contra-- ría los primeros requieren la presencia de un funcionario público, quién actúa con sujeción a las reglas prescritas por la ley; asimismo, son enu-- merados por el artículo 327 del Código de Procedimientos Civiles. Cabe-- en éste punto anotar, las calidades de autenticidad y de fecha cierta -- que invisten a los instrumentos públicos y los distinguen de los priva-- dos; la autenticidad es la calidad por la cual los autores del documento quedan identificados sin necesidad de comprobación alguna y la fecha - - cierta del mismo, resulta de las manifestaciones del oficial público y - tampoco necesita ser justificada, por su parte, los documentos privados-- pueden ser autenticados, en cuanto a la identidad de sus otorgantes y la

fecha de su celebración, mediante el reconocimiento y la comprobación -- judicial; asimismo, el reconocimiento judicial está regulado por los -- artículos 338 y 339 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; refiriendo como regla general que sólo pueden reconocer un -- documento privado el que lo firma, el que lo manda extender o el legítimo representante de ellos con poder o cláusula especial, el procedimiento de reconocimiento de documentos es idéntico a la citación para absolver posiciones, incluso, se sanciona al citado rebelde, con la declaración judicial de la autenticidad del documento que se trate; sin embargo, subsiste la obligación del presentante del instrumento para probarlo judicialmente si el que fuere citado se negase a reconocer la firma; sin duda, no puede dejarse a la voluntad del firmante la eficacia -- probatoria del instrumento privado, por tanto el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en los artículos 341, 342, 343 y 344 -- regula el procedimiento y la forma de apreciación para la comprobación -- judicial de un documento privado cuyo firmante haya negado expresamente reconocerlo, puesto que como ya se dijo, en caso de inasistencia del citado para reconocerlo se le sancionara con la declaración de autenticidad.

El oferente de un instrumento, ya público o privado, buscará conferirle la eficacia probatoria óptima en beneficio de sus intereses litigiosos, de ello dependen la oportunidad de su agregación al juicio; para ésto, los litigantes habrán de distinguir si con dicho instrumento funda su acción o simplemente constituye una prueba de los hechos, si se trata del primer supuesto deberá exhibirlo precisamente con su demanda y si del segundo, exhibirlo en el período probatorio.

En cuanto al fondo, los principios generales que rigen -- la fuerza probatoria de los documentos, y que manejan los conceptos de --

autenticidad, fecha cierta y contenido son, en primer término, se establece que el instrumento privado reconocido o comprobado judicialmente, tiene el mismo valor que el instrumento público; tratándose de un documento auténtico, sus efectos no sólo molestan a las partes, sino también a terceros, aunque éstos podrán atacar su eficacia probatoria, pero no su autenticidad. Respecto a la fecha de un documento, ésta será la que éste exprese, si la controversia es entre las partes; con relación a terceros, la fecha se determinará de acuerdo a lo siguiente: la de su exhibición en juicio, la de su reconocimiento y la de su transcripción en un registro público.

Aspecto de suma importancia, lo constituye el contenido del instrumento, elemento interno del mismo; se ha dicho que el instrumento público o el privado reconocido tienen la presunción de autenticidad y que también la eficacia probatoria que se les atribuye es plena; sin embargo, puede ser disminuida en virtud de la impugnación de falsedad del mismo, hecha por alguna de las partes o un tercero, en cuanto que las manifestaciones del documento o la ejecución de las prestaciones no fueron ciertas o no se cumplieron; en el primer caso se dice que el documento fue adulterado y en el segundo de que se simuló lo pactado, finalmente, hablamos de falsedad material si tenemos un documento adulterado y de falsedad intelectual, si se duda de la sinceridad de las manifestaciones de las partes, procediendo la vía civil o penal para probarlo, sin que la resolución de una u otra se afecten de manera directa, es decir, en materia civil, la querrela de falsedad tiende a destruir la fuerza probatoria del documento y en materia penal, se procura el castigo de sus autores.

## 2.4 PERICIAL

Dentro del curso de un procedimiento judicial, las partes en contienda, a fin de acreditar su acción ó excepción en su caso, pueden estimar que el conocimiento de personas extrañas al juicio en alguna ciencia ó arte, aportarían valiosa información al Juez del conocimiento a efecto de que éste emita una resolución justa.

Asimismo, el objeto de la prueba pericial es el exámen de los hechos que las partes han sometido al tribunal como ciertos, es porque en ocasiones tales hechos necesitan para su credibilidad de conocimientos especiales, que sobrepasan a los que pudiera tener el juez de la causa, es necesario el nombramiento de personas que posean aquellos conocimientos especiales para ilustrar al juzgador; se revisará el valor probatorio que se atribuye a esta probanza, mientras tanto es prudente estudiar la dinámica procesal de la misma.

El maestro Joaquín Escriche (45) nos dice que los peritos son "los prácticos ó versados en alguna ciencia, arte u oficio, Cuando para la decisión de un asunto litigioso se necesitan conocimientos facultativos, han de nombrar las partes dos peritos que hagan el exámen ó reconocimiento y rindan su declaración", por otro lado, dice "los peritos han de tener conocimiento en la materia, probidad, buena opinión, y las demás circunstancias que se exigen para testigo mayor de toda excepción".

Diversos autores han referido a la prueba pericial como --

---

(45) ESCRICHE, JOAQUÍN. Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. Valencia Imprenta de J. Ferrer de Orga, 1838. p. 489.

una prueba testimonial especializada, sin embargo, considero que además de las opiniones de otros autores a las que también haré espacio, la diferencia sustancial entre aquellos medios de prueba, estriba en que el exámen pericial siempre va a versar sobre hechos presentes, en tanto que el exámen testimonial siempre es a cargo de personas que con antelación presenciaron los hechos litigiosos; buscando los primeros cerciorarse si los hechos narrados por los segundos fueron físicamente posibles. Al respecto el maestro Demetrio Sodi (46) nos dice: "La noble misión de los peritos no es la de defender a los interesados. El perito debe limitarse a dar una opinión meramente ilustrativa para que el juez tenga una fuente de apreciación y esclarecimiento, cuando la naturaleza del hecho requiera conocimientos especiales".

Ahora bien, para el maestro Eduardo Bonnier (47), la diferencia entre la prueba testimonial y pericial radica en lo siguiente: - "Si sólo se considerasen los motivos de confianza concedida a los peritos, es decir, a hombres encargados de comprobar los hechos sobre que tienen conocimientos especiales, se debería asimilar ó referir el juicio de peritos a la prueba por medio de testigos; porque ambas se fundan en una inducción basada en las leyes de la naturaleza moral, en la fe debida al testimonio de nuestros semejantes. Pero si llegamos a su aplicación en juicio, si se considera el género de hechos sobre que versa ordinariamente esta clase de prueba, se verá que tiene un objeto enteramente distinto que la prueba testimonial. Los testigos se ven limitados por -

---

(46) SODI, DEMETRIO. Enjuiciamiento Civil Mexicano. México 1921. pp. 332.

(47) BONNIER, EDUARDO, Tratado Teórico Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal. Ed. Hijos de Rems. Quinta Edición -- Francesa. Madrid, 1902. pp. 154.

la fuerza de las cosas y no pueden ser suplidos; los peritos son elegidos después que ha ocurrido el hecho y para llenar funciones en las cuales sirven de instrumento al juez, instrumento que es permitido reemplazar. Y en efecto, como no se pueden reproducir los hechos sobre los cuales se interroga a los testigos, no hay medio de rehacer sus declaraciones, y es forzoso aceptarlas tales como son, o desecharlas a menos que se prefiera abandonarse a simples conjeturas. Por el contrario, la prueba pericial es un cristal que agranda los objetos; el juez es quien tiene la facultad de servirse de ella, de examinar con toda libertad si las imágenes que presenta son enteramente claras."

Finalmente, viene al caso apuntar que en el Derecho Canónico la diferencia entre ambas probanzas la hacían consistir en la responsabilidad del perito y del testigo, así tenemos que: "Mientras el testigo mendaz puede ser castigado como reo de falso testimonio, la falacia del perito no hace a su autor sujeto paciente de pena".

Por otro lado, los ordenamientos procedimentales no siempre han otorgado una gran importancia a este medio probatorio, así tenemos que en la antigua Roma, porque estando menos desarrolladas las ciencias y las artes, su uso, lógicamente, debía de ser menos frecuente, aún así, se hablaba de jardineros peritos, institución creada por los romanos para reprimir el abuso que hacían los aparceros sobre los intereses del propietario del terreno, cuando se les encargaba valorar las mejoras hechas en éste por los aparceros mismos.

Como ya lo estudiamos, en la antigua jurisprudencia francesa, la prueba pericial sufrió un gran desarrollo, particularmente se decidió que las cuestiones relativas al valor de los objetos se decidieran por peritos y no solamente, como se hacía hasta 1579 por testigos; ahora

bien, de fundamental importancia es el analizar los casos en que es aplicable la prueba pericial, Bonnier (48) nos explica: "Siempre que se trata de una comprobación o apreciación que exige conocimientos especiales, requiere el espíritu de la ley la prueba o juicio pericial", así tenemos que a efecto de concluir resoluciones apegadas a Derecho, el juez debe asistirse de conocimientos extraños a los propios, si así se desprende de la interpretación de la hipótesis normativa aplicable al caso concreto, sin embargo, siempre será el criterio del tribunal el factor que decida sobre la admisibilidad o no de tal medio de prueba, y esa decisión la establece en la medida que al juez se le presenten dudas y lo imposibiliten a esclarecer los hechos debatidos.

Ahora bien, la prueba pericial se produce en los términos de la Sección IV del Código de Procedimientos Civiles, según los artículos 316 al 353 y ahí se dispone que los peritos deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su parecer, si la profesión, o el arte estuvieren legalmente reglamentados; además distingue en que si la profesión o el arte no estuvieren legalmente reglamentados o estándolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombrados cualesquier personas entendidas aún cuando no tengan título.

En este punto, la doctrina brillantemente expuesta por el maestro Bonnier (49), nos aclara "que los exámenes periciales deben ser expresados por verdaderos peritos que tengan conocimientos especiales en la materia, ya que estos están investidos en sus funciones, por medio de

---

(48) BONNIER, EDUARDO, Tratado Teórico Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal. Ed. Hijos de Rems., Madrid. 1902. pp. 129.

(49) Ibidem. pp. 129.

juramento, de una delegación de la autoridad judicial"; sin embargo, el avance de las sociedades modernas, ha provocado de manera imperiosa, la admisión de peritos entendidos y no necesariamente los que tengan título que los reconozca; a fin de auxiliar al juez del conocimiento en la administración de justicia.

Corresponde ahora el revisar la forma en que las partes -- ofrecen a sus peritos; antiguamente, cada parte nombraba a su perito ó el tribunal mandaba de oficio llevar a cabo el desahogo de la prueba pericial, desgraciadamente nuestro ordenamiento procesal mantiene vigente la primera situación, soportando también dos graves inconvenientes: el -- primero que cada perito, teniendo en cierto modo a la parte que los nombró como cliente, se inclina a la defensa de quien cubre sus honorarios y no al descubrimiento de la verdad y el segundo, que es consecuencia -- del anterior, que siempre hay lugar a la discordia de pericitaciones, -- con el subsecuente nombramiento por parte del juez de la causa, de un pe rito tercero; y con éste la pérdida de tiempo y dinero.

Ahora bien, el artículo 347 del Código de Procedimientos-- Civiles dispone que cada parte nombrará un perito dentro del tercer día, a menos que se pusieren de acuerdo en el nombramiento de uno sólo y el Juez, también en su caso, nombrará el perito tercero en discordia; según el maestro Demetrio Sodí (50) ésta práctica ha evitado daños a las partes, pues ha modificado el procedimiento que se había venido dando hasta antes de este código ya que según afirma "la prueba pericial podía ser -- frustrada por la parte contraria de la que la proponía; constantemente --

---

(50) SODI, DEMETRIO. Enjuiciamiento Civil Mexicano. México 1921. pp. 336.

transcurría el término probatorio y la prueba de peritos no se llevaba a efecto porque propuesta la prueba, la parte contraria nombraba su perito el último día del que se le había señalado, el perito tenía que aceptar su nombramiento, no se presentaba en el juzgado y si se presentaba, no aceptaba el nombramiento"; ahora bien, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal ha intentado evitar tal situación conminando a las partes que así lo quisiesen, a nombrar sus peritos dentro del tercer día, esto es que la parte que estimare pertinente ofrecer la prueba pericial para acreditar su dicho ante el juzgador, lo hará nombrando un perito, dentro de la dilación probatoria obviamente, así como veremos más adelante, los puntos sobre los que ha de versar el exámen pericial; llegado el auto admisorio de pruebas, el tribunal, si es el caso mandarla recibir, requerirá a la parte contraria para que nombre un perito de su parte dentro del tercer día y adicione el cuestionario al que se someterán los peritos; apercibido que de no hacerlo, se le nombrará uno en rebeldía.

Al respecto, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, refiere un procedimiento que limita a las partes que se afanan en detenerlo, al disponer en su artículo 333 que las partes que deseen rendir prueba pericial, deberá promoverla dentro de las primeras cuarenta y ocho horas del primer periodo de la dilación probatoria, por medio de un escrito en que formulará las preguntas o precisará los puntos sobre que debe versar; hará la designación del perito de su parte, y propondrá un tercero para el caso de desacuerdo; claro está que el desacuerdo vendrá con la rendición de las pericitaciones de cada uno de los litigantes; así mismo, la exigencia de tal precepto beneficia al procedimiento evitando demoras y aportando agilidad al mismo, sin embargo, considero inadecuada la proposición del perito tercero en caso de de

sacuerdo, porque se permanecería en el inconveniente de que cada parte -- designaría un perito tercero que favoreciere sus intereses; apropiada -- resulta entonces; lo mandado por el ordenamiento adjetivo para el Distrito Federal, al facultar al juez para nombrar el perito en rebeldía y en discordia y permitir a las partes recusarlos, en caso de que concurran -- en ellos cualquiera de las siguientes circunstancias: que sean pariente--consanguíneo dentro del cuarto grado de alguna de las partes, que tengan interés directo o indirecto en el negocio, que sean socios, inquilinos, arrendadores o amigos íntimos de alguna de las partes.

En efecto, según se ha visto el exámen pericial se ha con--ceptuado como el exámen de testigos científicos o de calidad; por tal motivo, el nombramiento de un tercero en discordia por parte del juez del--conocimiento o de uno en rebeldía, concede las mismas razones para su -- recusación, que las argumentadas para la tacha de testigos. Ahora bien, la recusación debe ser promovida dentro de las cuarenta y ocho horas si--guientes a la en que se notifique el nombramiento del perito a los liti--gantes, fundándola en alguna de las causas narradas por el artículo 351--del ordenamiento citado, procediendo el juez a calificarla de plano valorando las pruebas ofrecidas, ya admitiéndola, procediendo a nombrar otro perito, ya desechándola, permaneciendo la designación hecha, porque con--tra tal resolución no procede recurso alguno. Así tenemos que al no ad--mitir recurso la calificación de la recusación, y al hacerse esta de plano, se evitan las partes incidentes que dilaten el desahogo de la prue--ba.

Finalmente, el valor probatorio que se ha concedido a la -- prueba pericial no es pleno, en virtud de que tanto en su ofrecimiento -- como en su desahogo intervienen circunstancias no recomendables al juez--

de la causa como único motivo de una resolución, como apunté, el que las partes nombren a su perito particular y aquellos cubran los honorarios - de éste, ofrece la posibilidad de que los dictámenes periciales no se -- apeguen fielmente a lo que la teoría científica, desarrollada con la investigación empírica de hipótesis, nos muestra como verdad, sino que por el contrario un hecho inverosímil físicamente se convierta en posible; - así mismo, los más antiguos legisladores o escritores procesalistas, de confiaban del dictámen pericial, en cuanto a su fuerza probatoria, porque el desarrollo teórico de la ciencia o del arte no crecía con la misma velocidad que las interrogantes humanas; es decir, las respuestas no - se exponían en la misma medida que las preguntas, y porque los peritos - carecían de suficientes conocimientos para formar un juicio exacto, temiendo equivocaciones con las lógicas consecuencias, por tanto, el valor probatorio de la prueba pericial depende de el criterio del juzgador, -- así tenemos que Don José Vicente y Caravantes (51) al adicionar el Tratado de las Pruebas de Eduardo Bonnier, explica: "Respecto a la fuerza probatoria del juicio pericial, de que trata Bonnier, es regla admitida en el foro español que en general, el juez no se halla obligado a seguir el dictámen de los peritos, esto es, que no constituye esta prueba completa. Aceptando la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, -- declara el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, que - los jueces y los tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictámen de los peritos".

---

(51) DE VICENTE Y CARAVANTES, JOSE, Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil. Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, 1856. Madrid. pp. 132 y siguientes.

En el mismo sentido, el artículo 419 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, expone que el valor probatorio al dictamen de peritos y testigos será otorgado según el prudente arbitrio del juez. Considero oportuno incluir las siguientes tesis jurisprudenciales:

1768 Peritos, Naturaleza de los dictámenes de.

Los dictámenes periciales son meras opiniones de técnicos en alguna especialidad, orientadores del arbitrio judicial, que de ninguna manera -- constituyen imperativos para el órgano jurisdiccional.

1771 Peritos, valor probatorio de su dictamen.

Dentro del amplio arbitrio que la ley y la jurisprudencia reconocen a la autoridad judicial para justipreciar los dictámenes periciales, el jugador puede negarles eficacia probatoria ó concederles hasta el valor de -- prueba plena eligiendo entre los emitidos en forma legal, ó aceptando ó desechando el único ó los varios que se hubiera rendido, según la idoneidad jurídica que fundada y razonadamente determine respecto de unos y -- otros.

## 2.5 PRESUNCIONAL

Establecidos los puntos de debate en toda contienda judicial, los hechos afirmados por cada una de las partes constituyen los - datos que el juzgador considera como verdad procesal; sometidos al conocimiento de éste, se integran a manera de indicios que servirán para ir descubriendo la llamada verdad real de un determinado acto o hecho jurídico que generalmente los litigantes ocultan ante la probabilidad de un rotundo éxito para sus pretensiones.

El juez de la causa saca conjeturas del pleito que se le plantea y procura poner a la luz los hechos desconocidos ya utilizando- su criterio al aprovechar las leyes de la naturaleza o el modo normal - de los hombres para conducirse, ya auxiliándose por las presunciones -- que establece el Derecho; en cuanto al primer caso estaremos hablando - de presunciones humanas y en el segundo de presunciones legales.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Fe- deral en su artículo 379 dispone que presunción es la consecuencia que- la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad- de otro desconocido, la primera se llama legal y la segunda humana; así mismo, para que alguna de las partes pretenda hacer valer una presun- - ción legal en su favor, tendría que probar el hecho en que se funde y - referir la obligada relación entre éste hecho y lo establecido por la - ley, la cual deberá ser inmediata y directa a efecto de que produzca- prueba plena. Por su parte el mismo ordenamiento adjetivo señala dos - situaciones por las que no se admitirá prueba alguna contra la presun- - ción legal y que son cuando el efecto de la presunción es anular un ac- to o negar una acción y cuando la ley lo prohíbe expresamente.

Por otro lado, la presunción humana se establece cuando de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquél; ésta consecuencia requiere un enlace preciso más o menos necesario, sin embargo, es de considerarse que las circunstancias - deben concordar a efecto de que admitiendo un hecho se acepten los que se deriven de él; de tal forma el juez se servirá del hecho probado para formarse su convencimiento de los que de él emanen lógicamente y que dura mientras no se pruebe lo contrario, sin embargo, el juez apreciará en justicia el valor de las presunciones humanas y de acuerdo con las - diversas pruebas rendidas dictará su resolución; es oportuno destacar - que muchas veces la verdad procesal que se desprende de los datos aportados al juicio difiere de la verdad real, de ahí la importancia de las presunciones que establezca según la lógica sucesión de los acontecimientos.

## 2.6 RECONOCIMIENTO O INSPECCION JUDICIAL

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, reglamenta el desahogo de éste medio de prueba, por el que el juez del conocimiento se traslada al lugar a que se refiere la controversia, o donde se encuentra la cosa que lo motiva, para examinarlo y obtener elementos de convicción; así tenemos que provocará fe plena cuando el exámen se haya practicado en objetos que no requieran conocimientos especiales o científicos.

Por otro lado, fundado en los artículos 278, 279 y 280 del ordenamiento procesal civil, el órgano jurisdiccional puede decretar la práctica de la inspección judicial de oficio, sin embargo, queda condicionada a la estimación de utilidad que haga el mismo de la prueba; -- algunos autores han considerado de carácter subjetivo tal estimación; -- sin embargo, el maestro Demetrio Sodi (52) nos dice: "la tendencia de la nueva Ley Procesal, encaminada a la participación directa de los jueces en el proceso, a fin de que sus actividades se muevan para el más -- completo conocimiento del litigio; le dan a la prueba de inspección judicial, un relieve mayor".

El ordenamiento adjetivo civil, señala la posibilidad -- de la comparecencia de testigos al reconocimiento, a efecto de resolver las dudas del juez, aunque no se expresa, debemos interpretar que aquellos serán nombrados por las partes, aún cuando el juzgador haya decretado la prueba, para lo que dará vista a las partes para que señalen pe-

---

(52) SODI, DEMETRIO. Enjuiciamiento Civil Mexicano. México 1921. pp.-340.

rito de su parte; sin embargo, quedará a mi criterio, fuera de la graduación de prueba plena a que se refiere el artículo 418 del mismo ordenamiento.

Por otro lado, es necesaria la exigencia de las partes, para que se levante el acta circunstanciada en donde consten las observaciones, declaraciones de peritos, y los datos necesarios para el esclarecimiento de la verdad; dada la importancia de la prueba, resulta inapropiado para la debida ejecución del principio de seguridad jurídica, que el juzgador se traslade al lugar de la inspección y posteriormente en el local del juzgado redacte el acta de inspección; así mismo, está completamente fuera de la realidad, que el juez decida dictar sentencia en el momento mismo de la inspección, aún cuando ésta prueba puede destruir la falsedad de un testigo o de un dictámen pericial, resulta absurdo que el órgano jurisdiccional resolviera un litigio de acuerdo con sus conocimientos personales en la materia de la inspección, toda vez que su fallo debe apoyarse en lo probado y alegado por las partes.

## 2.7 FAMA PUBLICA

Totalmente en desuso, dado el desarrollo de la sociedad moderna, aparece este medio de prueba, que aún se contempla por los ordenamientos adjetivos; correctamente calificada por el maestro Joaquín Escriche (53) que dice: "Tiene un hombre el capricho de decir una cosa contra otro sin más fundamento que el de una secreta antipatía cuya causa - le es quizá desconocida a él mismo; sus oyentes se hacen luego un placer en reproducir su dicho en otra parte; las especies se multiplican y van tomando cuerpo; nace la persuasión y se comunica como un contagio; adopta insensiblemente el pueblo crédulo que tan fácil es de sorprender; y he aquí formada la fama pública que tal vez condena al inocente. ¿Que viene a ser pues la fama pública? Un eco que repite los sonidos y los multiplica al infinito; el eco de la voz de un hombre que tal vez habló de chanza, que tal vez quiso desacreditar a un sujeto virtuoso que se oponía a sus perversos designios, o que tal vez se propuso burlarse del público. ¿Y se tendrá a la fama pública por una prueba suficiente para arrastrar a un hombre al tribunal de justicia? Desde luego se ve que por sí sola no lo es para imponer una pena, ni aún para hacer una prisión; pero si existe un cuerpo de delito, y hay algún indicio contra la persona designada por la voz común, podrá entonces procederse contra ella, por lo mucho que interesa el evitar que los crímenes queden sin castigo".

La fama pública que se apoya en la opinión común o creencia que tienen los habitantes de un pueblo o lugar, o la mayoría de - -

---

(53) ESCRICHE, JOAQUIN. Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. Valencia Imprenta de J. Ferrer de Orga, - 1838. p. 224.

ellos, acerca de un hecho, afirmando haberlo visto u oído referir a personas verdílicas o fidedignas, que lo presenciaron, es una prueba poco -- consistente.

De todas maneras el artículo 376 del Código de Procedi-- mientos Civiles para el Distrito Federal, expone las condiciones bajo -- las cuales puede ser admitida como prueba la fama pública y que son: -- a) que se refiera a época anterior al principio del pleito; b) que tenga origen de personas determinadas que sean o hayan sido conocidas, honra-- das, fidedignas y que no hayan tenido ni tengan interés alguno en el ne-- gocio de que se trate; c) que sea uniforme, constante y aceptada por la -- generalidad de la población donde se supone acontecido el suceso de que -- se trate y d) que no tenga por fundamento las preocupaciones religiosas -- o populares, ni las exageraciones de los partidos políticos, sino una -- tradición racional, o algunos hechos que, aunque indirectamente, la com-- prueben.

Algunos autores afirman que la fama pública podría produ-- cir semi-plena probanza en negocios civiles, apuntan que las apreciacio-- nes que haga el juez de otras pruebas son importantes para fallar un - - asunto, refieren a los negocios que versen sobre hechos antiguos, cuando se pueda suponer que los documentos, en que constaron, se han perdido o han sido destruídos por el transcurso del tiempo y también sobre los ne-- gocios que traten sobre la ausencia o fallecimiento de una persona que -- ha desaparecido, para utilizar como medio de acreditamiento a la fama -- pública; sin embargo, se debe destacar que el merecimiento de ser recono-- cida como instrumento probatorio no es adecuado, si acaso podría utili-- zarse en el juicio de jactancia, a efecto de acreditar que alguien públi-- camente se precie de tener algún haber o derecho sobre otro; por otro --

lado, en los negocios mercantiles, como lo apuntaré después, la especulación comercial como medio de obtención de lucro hace imposible que la fama pública sea una prueba determinante para acreditar la verdad, toda vez que las convenciones comerciales lícitas, presumen un trato referido exclusivamente a la consecución de metas económicas y son conocidas por todos y no a las cualidades personales de las partes

Finalmente, diversos autores como el maestro Demetrio Sodi y Rafael Pérez Palma, refieren que la fama pública se confunde con el hecho notorio que cita el artículo 286 del ordenamiento adjetivo civil, al efecto dice este último: "Los hechos notorios no necesitan ser probados y el juez puede invocarlos, aunque no hayan sido alegados por las partes"; por su parte el Licenciado Pérez Palma, (54) en su Gufa de Derecho Procesal Civil nos explica que: "Es frecuente se confunda la fama pública con el hecho notorio a que se refiere el artículo 286 y que los jueces pueden invocar, aún cuando no haya sido alegado por las partes. En tanto que el hecho notorio comprende aquel que por las revelaciones de la ciencia es considerado como cierto e indiscutible, ya sea que pertenezca a la historia, a las ciencias de la materia o del espíritu o a las vicisitudes de la vida pública, la fama pública consiste en la opinión general que exista acerca de algún hecho o acontecimiento que la gente de un lugar tenga como cierto, por haberlo recibido por tradición"; en suma, es recomendable la desaparición de la fama pública, no por su espíritu propio, sino por la degeneración de las costumbres sociales.

---

(54) PEREZ PALMA, RAFAEL. "Gufa de Derecho Procesal Civil". Cárdenas Editor. México, 1976. pp. 439.

## CAPITULO III

## LA PRUEBA EN EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO

El procedimiento mercantil se desarrolla bajo un orden -- taxativo y señalado por fases preclusivas, de tal manera que en el su- - puesto de no realizarse los actos previstos en la ley, en los periodos - indicados por la misma, ya no sea posible ejecutarlos, con lo que se ob-- tiene que el proceso se desenvuelva conforme a un orden, tiempo y forma- y se logre con más exactitud el resultado.

El Código de Comercio sujeta a las partes de un juicio a las reglas establecidas por el mismo, así como a las dispuestas por las leyes de Procedimientos locales civiles, en caso de que falten alguna o algunas disposiciones expresas sobre determinado punto; para que sea - - aplicable la legislación común como supletorio del mercantil, se requiere que la materia, institución de derecho o figura jurídica, esté consi- derada en la ley mercantil y que sólo el punto concreto de que se trate- no esté previsto en ella y sí en la local.

Así tenemos que se produce una separación de las partes - entre sí, y de ellas, con el juez; los primeros al tratar de acreditar - su acción o excepción por los medios establecidos en los ordenamientos - jurídicos y el segundo al tratar de reconstruir los hechos que se le ex- ponen mediante la prueba aportada en forma oportuna.

La legislación mercantil ordena que las diligencias de -- prueba sólo pueden practicarse dentro del término probatorio bajo pena - de nulidad y responsabilidad del juez, procurando la resolución pronta - de los negocios mercantiles, sin embargo, por otra parte faculta al juez

del conocimiento para mandar concluir pruebas pendientes de desahogo fuera del término legal concedido, si considera necesaria su práctica y si no se recibieron por causas ajenas a la voluntad del oferente, debemos entender que existe contrariedad en éstas afirmaciones, por lo que resulta apropiado adicionar los preceptos que las contienen, de manera que se permita la práctica de las pruebas pendientes de ello sólo cuando se crea imperioso su desahogo por parte del juez y en el caso de que el oferente se haya visto impedido involuntariamente para prepararlas oportunamente.

Finalmente, en los juicios mercantiles existen dos términos de prueba, el ordinario para producir probanzas en la jurisdicción en que el litigio se sigue y el extraordinario para recibir pruebas fuera de dicha jurisdicción, no pudiendo exceder de cuarenta días si se trata de un juicio ordinario y de quince días si de uno ejecutivo.

Por otro lado, se hace un análisis de los distintos medios de prueba legales que descubre las deficiencias legislativas que contienen e impiden la realización de los principios generales del procedimiento.

### 3.1 CONFESIONAL

El efecto de la confesión, dentro del ámbito del principio dispositivo que rige el procedimiento mercantil mexicano, es el de producir la comprobación del hecho, objeto de la controversia. El Código de Comercio distingue dos clases de confesiones, la judicial y la extrajudicial, la primera es la que se hace ante juez competente, ya al contestar la demanda, ya absolviendo posiciones; además es necesario, para que produzca prueba plena, que concurran las circunstancias señaladas por el artículo 1287 del mismo ordenamiento y que son: la capacidad de obligación del absolvente, que se haga con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia, que sea de hechos propios del absolvente y relativos al negocio jurídico y que se practique conforme a las formalidades de ley, contenidas en el capítulo XIII del Código de Comercio y para el caso de que la confesión obtenida sea tácita o ficta, tenemos que cumplir los requisitos contenidos en el artículo 1289 del mismo ordenamiento y que son además de los arriba señalados que la declaración de confeso sea legal, excepción lógica de la confesión arrancada con violencia o coacción. Por lo que se refiere a la confesión extrajudicial, ésta se hace ante juez incompetente y tiene el valor de prueba plena si el juez incompetente ante quien se practicó era considerado competente por los litigantes en el momento de la confesión.

Como arriba dije, el código indica que constituyen confesión judicial los hechos narrados en la contestación de la demanda o al absolver posiciones, así lo dispone el artículo 1212 del ordenamiento citado, sin embargo, es necesario que dicho precepto aclare que la confesión se perfeccionará mediante la ratificación de la contestación ante la presencia judicial y afirmar que al firmar el acta de desahogo de la

confesional, no se puede variar ni en sustancia y forma, las respuestas a las posiciones, en ella contenidas, porque constituye dicha firma la ratificación a lo declarado. Por otro lado, aún cuando el Código es omiso para determinar que clase de confesión es la que se encuadra con la presentación de la demanda, debemos determinar que se trata de la judicial y por tanto, que es necesaria su ratificación para que haga prueba plena. Considero oportuno incluir las siguientes ejecutorias:

"Para que los escritos que las partes presenten en los juicios mercantiles puedan conceptuarse como una confesión perfecta, es condición indispensable que dichos escritos sean ratificados por quien los presentó" (Tomo XXII. Pag. 925).

"También es judicial la que se haga en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia del juez, pero que sea ratificada posteriormente". (Tomo IX. Pag. 624).

Por otro lado, el artículo 1213 del Código de Comercio, dispone que la confesión extrajudicial es la que se hace ante juez incompetente; considero oportuna la aclaración del Licenciado Demetrio Sodi (55) en el sentido de que "la ley sólo reputa confesión extrajudicial, la que se hace ante juez incompetente, y no reputa como tal, la que se hace fuera de juicio. Nuestra ley tiene razón, porque si se confiesa ante un testigo, o ante un notario, en escritura pública, etc., entonces la prueba tendría fuerza como declaración de testigo o como prueba documental".

---

(55) SODI, DEMETRIO. Enjuiciamiento Civil Mexicano. México 1921. pp. - 101.

Al referirme en páginas anteriores, al momento en que -- habían de ofrecerse y desahogarse las pruebas aportadas por las partes -- al juicio, cite el artículo 1201 del Código de Comercio, para afirmar -- que sólo podían desahogarse las diligencias de prueba en el término probatorio concedido por el juez de la causa, sin embargo, la confesión escapa a dicho lineamiento, en efecto, el artículo 1214 del Código aludido, consigna la obligación de los litigantes para declarar bajo protesta, en cualquier estado del juicio, contestada que sea la demanda hasta la citación para la definitiva, cuando así lo exigiera el contrario; en éste orden de ideas, la confesión del actor se puede pedir desde la contestación de la demanda, aún sin haber sido abierto el período probatorio y el juez debe admitirla sin más trámite.

Asímismo, del contenido del precepto que comento, se desprende que los litigantes tienen la carga de absolver posiciones las veces que lo exija el contrario, esto es, que no se limita a las partes -- para que exijan una sola vez la declaración bajo protesta de decir verdad de su contrario, siempre y cuando cuiden que en cada una de las confesiones se absuelvan posiciones distintas referentes a distintos hechos controvertidos; sin embargo, ofrece graves problemas al juzgador, toda vez que se podría dar el caso de que compareciendo el absolvente negar las aseveraciones del articulante respecto a determinados hechos y en -- una segunda confesión, las afirmara, por así declararlo confeso el juez, por su inasistencia; debo considerar que tal limitación es necesaria por razones de seguridad procesal, uniformidad del mismo litigio y economía procesal; por tanto se debe permitir a las partes el ofrecimiento de la confesional a cargo de su contraparte por una sólo vez; si este planteamiento nos da la razón de nuestra proposición, más nos la otorga el hecho de la multiplicidad de confesiones en el supuesto de los litisconsor

tes, ya activos, ya pasivos, si alguno de los litigantes deseara articular posiciones, además del representante común, a los demás colitigantes por dos o tres veces, sobre hechos controvertidos diversos.

En relación al segundo párrafo del artículo 1214 del Código de Comercio, respecto a que se pueden articular posiciones al abogado y al procurador sobre hechos personales, de éstos últimos claro está, y que tengan relación con el asunto, debo manifestar lo poco acertado de la disposición, toda vez que como hemos visto, la confesión obliga respecto de los hechos propios, recordemos a los artículos 1287 y 1289 del Código estudiado, en tal suceso, los hechos personales del abogado o del procurador, del actor o del demandado, en ningún momento pueden afectar los intereses litigiosos de éstos últimos; no es razón suficiente el hecho de que el juzgador pueda valerse de medios para conocer la verdad, para interrogar a abogados y procuradores, porque éstos son extraños a juicio, aún cuando estén apersonados y tengan un interés más o menos directo sobre la parte que patrocinan, su dicho no puede afectar ni el patrimonio de los verdaderos litigantes, ni provocarles obligaciones por su confesión; por tanto, si nos preguntamos que sucede si el abogado citado a absolver posiciones no comparece, o su declaración no resulta contundentemente favorable a la parte que asesora, a primera vista, según se interpreta de la ley, deberá ser declarado confeso el litigante en el primero de los casos y en el segundo disminuida su opción a tener éxito en el juicio; sin embargo, es indudable que la declaración prestada por el abogado o el procurador no afecta a las partes interesadas, porque no versa sobre hechos propios de éste último. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado testimonios las declaraciones del abogado o del procurador ante la imposibilidad de declararlos confesos; así tenemos que: "Todo litigante está obligado a declarar bajo - -

protesta, en cualquier estado del juicio, contestada que sea la demanda hasta la citación para sentencia, sobre hechos personales y que tengan relación con el asunto; y en los mismos términos de litigantes sólo puede aplicarse para designar a quien comparece en juicio, con el carácter de actor o de demandado, y no a quien, teniendo un interés más o menos directo en el asunto, no se haya apersonado en la contienda judicial, -- pues mientras así no lo haga, será interesado, en la acepción más amplia del vocablo, pero extraño a juicio; y aún cuando tenga derecho de comparecer en él, mientras no lo ejercite no tiene el carácter de litigante, y, por lo mismo, no está obligado a absolver posiciones; y si declara, -- será en el concepto de testigo y durante el término de prueba". (Tomo XVII. Pág. 1319).

Los artículos 1216, 1217 y 1218 del Código de Comercio, padecen graves problemas técnicos, en virtud de que no solucionan claramente los obstáculos que durante el curso de un juicio ocurren, si nos preguntamos si acaso el endosatario en procuración puede articular y absolver posiciones, debemos argumentar con fundamento en el artículo 35 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que sí, toda vez que posee todos los derechos y obligaciones de un mandatario, sin embargo el artículo 1216, en su parte final, permite, para absolver únicamente, al procurador que tenga poder especial para hacerlo, es decir, la -- respuesta anterior ya no es absoluta, sólo cabe la afirmación de que el endosatario en procuración, aún cuando posee todos los derechos y obligaciones de un mandatario, sólo puede absolver posiciones en juicio, si -- tiene facultades expresas; falta averiguar si también las necesita para articular posiciones, o sólo basta normarse por el artículo 35 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; debo concluir que cuando no son exigidas tales facultades por la ley, el endosatario en procuración,

puede válidamente articular posiciones; y éste es precisamente el problema que ofrece el artículo 1216 del Código de Comercio.

Por su parte el artículo 1217 del Código de Comercio, faculta a las partes a exigir la declaración de su contrario cuando así lo pida o cuando el apoderado ignora los hechos; la parte final de este precepto distrae la seriedad del procedimiento, toda vez que ofrecida una confesión a cargo de la parte demandada, así en general, comparece a absolver posiciones un apoderado y éste manifiesta ignorar los hechos de su mandante, debe el articulante mandar citar al titular de la acción o de la excepción con el consecuente retraso del procedimiento; por otro lado, el artículo 1218 del ordenamiento mercantil, faculta al cesionario para absolver y articular posiciones, en nombre del cedente, sin embargo, el primero en calidad de apoderado del segundo puede manifestar ignorancia respecto de algunos hechos del cedente y citar a éste para su absolución, como lo ordena el artículo 1217, pero debemos considerar la declaración del cedente como confesión, aún cuando no es parte del juicio, o considerarla una testimonial; creo que ésta sería la calificación más idónea, dada la falta de acción del cedente, en virtud de la transmisión del derecho o de la obligación; el titular de la acción o de la excepción es el cesionario y si éste alega ignorar los hechos de su cedente y la declaración de éste se considera testimonio por no ser parte del juicio, concluyo que dicho precepto acaba con la confesional ofrecida "por ministerio de ley".

Por tanto, la ficción que establece el artículo 1217 del Código de Comercio, se debe limitar a facultar a las partes para exigir la absolución de posiciones, de manera personal, a su contrario.

Dificultad diversa plantea la formalidad judicial que --

enuncia el artículo 1219 del Código Mercantil, refiere la notificación -- por exhorto al que debe absolver posiciones si estuviere ausente, del -- lugar del juicio, claro es; aún cuando el mismo ordenamiento conmina a -- las partes a señalar un domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal que conoce del negocio, en el primer escrito o en la primera diligencia- judicial, para que se les hagan las notificaciones y se practiquen las - diligencias que sean necesarias, el artículo en comento parece ser la - excepción para la práctica de la notificación, mediante la cual se cite a absolver posiciones, es cierto, según la letra del precepto, que el -- que deba absolver posiciones y se encuentre ausente del lugar del plei- to, ya por razones de residencia o de conveniencia, deberá ser citado en donde se encuentre a través de exhorto, no obstante haber señalado un do micilio en la jurisdicción, por evidentes razones de equidad procesal, - según lo obliga la ley; sin embargo, existe la común práctica de citar - a absolver posiciones al litigante, en el domicilio para oír notificacio nes del abogado o apoderado; y esta notificación es nula, así como la -- probable declaración de confeso que se haga, según la interpretación es- tricta del artículo 1219 del Código de Comercio; el requisito es claro, - cuando se exija que personalmente concurra a absolver posiciones el títu lar de la acción o de la excepción, se le debe citar personalmente en su domicilio particular, si es persona física; en su negocio, si es repre- sentante, gerente, administrador, nunca en el domicilio del abogado o -- apoderado, que señalo para oír notificaciones. Infortunadamente es poco justo dicho precepto, dada cuenta de las posiciones, que en toda contien da, toman el actor y el demandado, al primero le urge recibir la acción- de la justicia y al segundo entorpecer el procedimiento, objetivo que fá- cilmente obtendrá sin alejarse de lo mandado por dicha norma.

El desahogo de la confesión se desarrolla de la siguien-

te manera, una vez admitida, la preparación de la prueba inicia con la exhibición del pliego de posiciones, que al igual que en el procedimiento civil, deben referirse a hechos propios del absolvente, han de ser precisas, han de contener un sólo hecho, salvedad hecha con los hechos complejos, y no han de ser insidiosas; por tanto cabe en este espacio el comentario que hice al estudiar la confesión en materia civil. Si no se presenta el pliego de posiciones no se citará al absolvente; el articulado puede asistir a la diligencia de prueba, lo cual es conveniente, toda vez que llena la hipótesis normativa del artículo 1232 del Código de Comercio, tiene que solicitar la declaración de confeso o que se repita la confesión sobre algún punto dudoso sobre el cual el absolvente no haya respondido categóricamente; o para hacer en el acto nuevas preguntas que convengan a la comprobación de su dicho; aún cuando se permite al articulante solicitar la repetición de la confesión o solicitar la declaración de confeso, posteriormente a la práctica de la confesión judicial, es prudente, por motivos de economía procesal y de uniformidad e integración del proceso, que la absolucíón de posiciones, aclaraciones, formulación de nuevas posiciones, declaración de confeso, si se da el supuesto, se desarrollen en un mismo momento procesal.

La citación para absolucíón de posiciones, se tendrá que hacer hasta en dos ocasiones, si a la primera citación no comparece el absolvente, ésto se desprende de la fracción I del artículo 1232 del Código de Comercio, que ordena la declaración de confeso si el absolvente, sin justa causa, no comparezca a la segunda citación. Si el citado comparece, el juez, en su presencia procederá a calificar el pliego de posiciones, pedirá al mismo que declare bajo protesta de decir verdad y formulará las posiciones, asentando literalmente las respuestas, concluida la diligencia, el absolvente, firmará el pliego de posiciones.

Por otro lado, la declaración de confeso y la aclaración de puntos dudosos de la confesión judicial practicada, no son lo suficientemente claros, como lo expone la ley, en cuanto que, si el absolvente tiene alguna justa causa para no comparecer a la segunda citación, ya vimos que si no asiste a la primera no sucede nada, cuando o en que tiempo y de que forma la debe hacer valer, creo que si la razón no es imprevista, debe proponerla antes de que se inicie la audiencia, procurándose de esta forma, conocer el criterio del juzgador sobre la prudencia o no de su inasistencia, previa audiencia de la contraparte, sin embargo, el juez deberá mostrarse cauto para calificar las causas justas imprevistas de inasistencia del absolvente, para no dejar abierta una puerta, a los abusos de algunos litigantes.

Respecto a la repetición de la confesión, si se produjo sobre hechos dudosos, el precepto no indica, tampoco, cuantas veces puede solicitarla, debo entender que una sola vez, pero debe aclararlo el precepto; el momento para hacerlo es en el momento de la diligencia y si no compareció, solamente en este caso se evita la contumacia, tiene tres días para hacerlo.

Finalmente, es conveniente comentar que en los juicios mercantiles, hay confesión espontánea y provocada, la primera es a la que se refiere el artículo 1235 del Código de Comercio, toda vez que se presta sin previo requerimiento del juez o de alguna de las partes, según se explica, puede prestarse en cualquier momento del juicio; la segunda es la que se produce mediante el interrogatorio y la declaración bajo protesta; es la exigida por el contrario; esta confesión provocada tiene pleno valor probatorio y sólo está sujeta a la graduación que el juez le atribuya, en concordancia con las diversas pruebas ofrecidas; --

sin embargo, la confesión espontánea, se reputará perfecta si el escrito que la contiene es ratificado ante la presencia judicial, de no hacerse así el juez sólo la considerará como un mero indicio, ya que por sí sola no tiene valor probatorio alguno. Así, de esta forma se ha pronunciado la siguiente ejecutoria:

"El artículo 1235 del Código de Comercio establece: - -  
'Cuando la confesión no se haga al absolver posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio no siendo en la presencia judicial, el colitigante podrá pedir, y deberá decretarse la ratificación. Hecha ésta, la confesión queda perfecta'. De los términos de este precepto se advierte que el mismo exige la ratificación del escrito y no sólo el reconocimiento de la firma, por lo que es indudable que el propio artículo se refiere a la confirmación y reiteración de la manifestación de voluntad, ante la presencia del juez, en términos, no basta que el escrito y la firma sean auténticos, sino que es necesario además, para que la confesión sea perfecta y surta todas sus consecuencias, la declaratoria de voluntad contenida en dicho escrito se ratifique cuando se comparezca ante el juez". (Pérez Francisco. Tomo XCVI. - Pag. 378).

## 3.2 TESTIMONIAL

El Código de Comercio dispone por su artículo 1261, la obligación de todo el que no tenga impedimento legal para declarar como testigo, así mismo, el precepto siguiente enumera a los que no pueden ser testigos, entre estos casos conviene comentar los referidos a la fracción I, que impide al menor de catorce años, ser testigo, a menos que se trate de una necesidad imperiosa, a juicio del juzgador; la fracción IV, que imposibilita al que haya sido declarado testigo falso o falsificador de letra, sello o moneda; la fracción V, que lo hace con el tahur de profesión; la fracción VI, con los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado y a los afines dentro del segundo; la fracción VIII, respecto de los que tengan interés directo o indirecto en el pleito; la fracción XII, refiriendo al abogado y al procurador en el negocio de que lo sea o lo haya sido y la fracción XIII, citando al tutor y al curador por los menores y éstos por aquellos, mientras no fueren aprobadas las cuentas de la tutela; así tenemos que de conformidad a la fracción I del artículo que se comenta, nuestro ordenamiento mercantil posibilita el exámen de los menores de 14 años, según considere el juez de la causa la imprescindible necesidad de su declaración, como sería en el caso de no existir otros testigos presenciales del hecho controvertido; obvio es que sólo pueden ser testigos, personas físicas, toda vez que son las únicas capaces de percibir los hechos por medio de los sentidos y reproducirlos por medio de la memoria; además de que las tachas de los testigos se contraen únicamente a la persona de éstos últimos, nunca a la forma o vicios de sus declaraciones; ahora bien, la capacidad se presupone generalmente en cuanto a la edad de las personas; particularmente el Derecho común considera de igual capacidad jurídica al hombre y a

la mujer, no quedando ésta sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles, apunta -- que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el na cimiento y se pierde por la muerte, considera incapaces al menor de -- edad, al declarado en estado de interdicción y a los demás incapacita-- dos por determinación de la ley; en la especie, el Código de Comercio -- considera incapaces para ejercer el comercio a los corredores, a los -- quebrados, que no hayan sido rehabilitados, y a los que por sentencia -- ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, in-- cluyendo en éstos a la falsedad, el peculado, el cohecho y la concu-- sión; así tenemos que el artículo 5 del ordenamiento mercantil, faculta a todas las personas que, según las leyes comunes son hábiles para con-- tratar y obligarse, salvo las inhábiles por disposición expresa de la -- ley, pueden ejercer legalmente el comercio, sin embargo, la experiencia muestra que un niño, por naturaleza, es poseedor de una maravillosa ima ginación y predispuesto a la mentira, y por tanto, su testimonio, ofre-- ce pobres garantías de veracidad; aún cuando estudiosos de la psicolo-- gía infantil han considerado que la madurez psíquica del niño, no debe-- creerse siempre desfavorable, toda vez que las deposiciones de los ni-- ños tienen gran importancia, dada su falta de pasiones, de experiencia, prejuicios, por lo que confiere a sus afirmaciones exactitud de obser-- vación, debemos entender que la declaración de el menor de catorce años, debe ser tomada en cuenta como simple información, procurando el juez -- ser cuidadoso al valorar su fuerza probatoria. Por otro lado, surge la duda respecto de la exigencia del Código de Comercio, que requiere que-- los testigos tengan por lo menos catorce años, en cuanto que el legisla-- dor se refirió al momento de prestar la declaración o al momento en que se percató de los hechos; el precepto literalmente expresa: "Art. --

1262.- No pueden ser testigos: I. El menor de catorce años, sino en -- casos de imprescindible necesidad, a juicio del juez"; se apuntó que -- los hechos pudieron suceder antes de cumplir los catorce años y enton-- ces el dicho de un niño de diez años, edad del testigo al tiempo de los hechos, resultaría intrascendente, si por ejemplo se le inquiriere si al-- guna de las partes ha poseído con carácter de dueños, queda destruf-- da la segunda interrogante, porque debemos de interpretar la fracción -- I del artículo 1262, en el sentido de que la edad de catorce años se -- requiere al momento en que se presta la declaración; a efecto de evitar contrariedades. es prudente que el precepto en comento, afirme que la -- declaración del menor de catorce años, tenga valor de mera información-- y no sea protestado para conducirse con verdad.

La fracción IV del artículo 1262, impide a los que ha-- yan sido declarados testigo falso o falsificador de letra, sello o mone-- da, rendir testimonio en alguna contienda judicial, debemos entender, -- porque el precepto no lo señala, que no basta la declaración, sino que-- conste en sentencia ejecutoriada en el correspondiente juicio penal; -- aquí conviene comentar que, como se dijo arriba, la tacha se contrae -- a la persona del testigo y no a la forma de su declaración, en tanto -- que la imposibilidad de que el testigo se percatara de los hechos sobre los que depone, importa la falsedad penal a que alude la citada frac-- ción IV, lo que sale del alcance del incidente de tachas; por lo que -- una vez admitido un testigo falso, por la ignorancia del juzgador y la contraparte de tal impedimento, queda a éste último probar a través del documento idóneo, la imposibilidad de ser considerado testigo legal y -- el juez a desestimar su testimonio, no concretándose la hipótesis norma-- tiva del artículo 1312 del Código de Comercio, toda vez que no se alega alguna tacha. Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, -

ha considerado que los antecedentes penales no inhabilitan al testigo -  
propuesto, solamente al que haya sido condenado y constituya cosa juzga  
da, al efecto la tesis dice: "Testigos, Antecedentes Penales de quie--  
nes declaran como. Valor de su dicho. Los antecedentes penales de un-  
testigo no le restan habilidad para declarar en juicio sobre los hechos  
que le consten, supuesto que no demuestran que haya sido condenado judi-  
cialmente por algún delito y, por tanto, debe tenerse como digno de - -  
fe".

La fracción V del multicitado artículo 1262, aprovecha-  
los primeros comentarios hechos a la fracción IV, es decir, que debe --  
considerarse inhábil para rendir testimonio al tahúr, así judicialmente  
declarado, por sentencia ejecutoriada; por otra parte, la fracción VI -  
niega la posibilidad de ser testigos a los parientes por consanguinidad  
dentro del cuarto grado y por afinidad dentro del segundo, es decir - -  
que, los ascendientes, descendientes y cónyuges están exentos de la - -  
obligación de rendir testimonio, sin que el tribunal pueda compelerlos-  
para hacerlo; dicha fracción omite expresar si el parentesco debe refe-  
rirse a alguna parte, si al oferente de la prueba o si acaso al contra-  
rio; siguiendo el principio jurídico de que donde la ley no distingue,-  
no toca al intérprete distinguir, debemos considerar a primera vista --  
que el testigo será tachado en caso de que sea pariente de alguna de --  
las partes, dentro de los grados y líneas que el mismo precepto estable-  
ce, sin embargo, el oferente de la prueba puede aprovechar el testimo--  
nio de sus parientes para acreditar sus acciones o excepciones, en su -  
caso, pero dada la formalidad del procedimiento mercantil, es evidente-  
que el juez no otorgara pleno valor probatorio a tales testimonios, no-  
en razón de criterios particulares, sino en razón de que en la materia-  
mercantil la valoración de las pruebas es tasada, no se permite al juz-

gador adecuar a sus resoluciones, más que lo mandado por la ley; así tenemos, que el sentimiento del legislador fue evitar a los testigos parientes, al declarar, cuando se trate de probar en contra de la persona con la que estén relacionados; por lo que debemos determinar la necesaria adición a la fracción comentada, en razón de que cuando el testigo no sea pariente del oferente de la prueba, pero si del contrario, es tachable.

La fracción VIII alude a los testigos interesados, directa o indirectamente, en el resultado del juicio; debemos referir el interés como obstáculo para una declaración imparcial; el interés puede ser material o moral; corresponde al contrario probar ésta tacha, lo que conseguirá si el interés es material, sin embargo, tratándose del moral, difícil será acreditar ante el órgano jurisdiccional, el deseo del testigo para que obtenga el triunfo el amigo; reiteradamente he afirmado, que la corrupción de las costumbres ha menoscabado el grado de verdad en las informaciones testimoniales, por lo que resulta insuficiente que el tribunal interroge al testigo, acerca de su interés en el pleito, debiendo, en beneficio de la averiguación de la verdad, profundizar acerca de las razones que motivaron su dicho, buscando encontrar el provecho secundario de su proceder, así tenemos que la justicia federal ha restado valor a la omisión del juez, si en el desahogo de la testimonial no pregunta al testigo si tiene o no interés diciendo: "Si al recibir el juzgador la prueba testimonial, no preguntó a los testigos si tenían o no interés en el asunto o amistad o enemistad con las partes, o si eran parientes de las mismas, tal deficiencia no es imputable al oferente de la prueba" (Tesis relacionada de la Jurisprudencia-371 que aparece en el Apéndice del Semanario Judicial de la Federación). En todo caso, podrán las partes tachar a los testigos ofrecidos por su -

contrario, según el Capítulo XXI del Código de Comercio, no obstante -- la omisión del juzgador.

Finalmente la fracción XIII del artículo 1262, refiere al tutor y al curador por los menores y éstos por aquellos, mientras no se aprobaran las cuentas de su administración; a primera vista debemos interpretar que la incapacidad descrita permanece hasta que se extingue la tutela, pues es hasta entonces cuando opera la rendición final de -- cuentas y su aprobación judicial; sin embargo, de la letra del precepto aparece que la incapacidad termina cuando se han rendido y aprobado las cuentas de la tutela, aunque esta relación jurídica no haya terminado; -- lo que produce diversos problemas, uno referido al momento en que cesa la incapacidad para rendir información testimonial, si rendidas y aprobadas las cuentas de la tutela, aunque esta relación jurídica no haya -- terminando; si rendidas y aprobadas las cuentas de la tutela, pero no -- extinguida ésta, lo que engendrará una presunción de falta de imparcialidad, por la relación subsistente; o extinguida la tutela, precisa ren-- dición y aprobación de las cuentas, al respecto el artículo 590 del Có-- digo Civil obliga al tutor a rendir cuentas detalladas de su adminis-- tración, en el mes de enero de cada año, por lo que siguiendo la letra de-- la fracción XIII del artículo 1262 del Código de Comercio, determinamos la notoria falsedad del principio que enuncia, es impropio permitir al-- tutor al curador declarar en favor de los menores, a condición de que -- haya producido el primero, y hayan terminado; porque mientras dura la -- tutela, existe entre el tutor, curador y el menor, una relación seme-- jante a la que une a los que ejercen la patria potestad con los sometidos a ella; toda vez, que el ordenamiento civil obliga al tutor a ren-- dir cuentas cada año, la fracción en comento, permitiría al tutor o al

curador declarar en juicio una vez cumplida la obligación anual citada; de tales razonamientos debemos concluir que debe reformarse la fracción citada, dando a entender que el tutor y el curador son incapaces para declarar en los negocios de los menores encomendados a su guarda, y éstos en la de aquellos, durante todo el tiempo que dura la tutela y que cesa dicha incapacidad concluída ésta, si ya han sido aprobadas las -- cuentas del tutor; aclarando que dicha incapacidad subsistirá en todo -- tiempo, tratándose de la tutela legítima, por razón del parentesco, excepción hecha de la tutela testamentaria, en su caso, y dativa, que -- al extinguirse cesan la incapacidad de ser testigo.

Conviene comentar la tesis que aparece en la página -- 1351 del tomo VII del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación, que dice: "Carece de valor, si no han sido interrogados los testigos -- acerca de si tiene interés directo o indirecto, en el negocio en que -- declaran. Asimismo, carece de valor cuando los testigos son inhábiles -- por alguna de las causas señaladas en la ley". Tenemos que todas las -- personas que enumera el artículo 1262 del Código de Comercio, pueden, -- no obstante la prohibición, declarar como testigos; en razón de que el artículo 1312 del ordenamiento citado, obliga al juez a no repeler de -- oficio al testigo, que puede ser tachado, y a examinarlo; finalmente -- calificará las tachas y las aquilatará al dictar sentencia; en resumi-- das cuentas, el arbitrio judicial determinará la graduación probatoria -- de la testimonial, impartiendo justicia en la misma proporción que abuse de su facultad; limitando a las partes, a tratar de evidenciar las -- tachas de los testigos, sin poder exigir la estricta aplicación del mul -- tificado artículo 1262 del Código de Comercio, para personas que no son

dignas de fe.

Para el correcto ofrecimiento de la prueba testimonial, es necesario que el oferente exhiba los interrogatorios correspondientes durante el término de prueba; así mismo, la exhibición de una copia de los mismos, para que el contrario pueda formular las repreguntas que crea pertinentes para aclarar y precisar los hechos sobre los cuales -- declararan. El Código de Comercio, sanciona al oferente omiso, no señalando día y hora para el desahogo de su prueba, por no haber presentado el interrogatorio y su copia, sin embargo, la testimonial se admitirá. En el caso que señala el artículo 1267 del ordenamiento mercantil, la ley no explica el momento en que ha de entregarse la copia del interrogatorio al contrario, dada la urgencia de la prueba, sin embargo, debe entenderse que deberá ser antes de iniciada la audiencia, dando oportunidad a aquél para que pueda preparar sus repreguntas. Debemos considerar que el juez no debe suplir la deficiencia del oferente, si no ha exhibido el interrogatorio y su copia, en razón del principio de igualdad que debe dominar en el procedimiento, dando al omiso un término para -- presentarlos; debe contraerse a admitir la prueba, sin señalar, día y hora para su desahogo, con apego al artículo 1264 del Código de Comercio, sin que el oferente omiso pueda alegar que no se establece en dicho ordenamiento, el momento en que deban presentarse los interrogatorios; al efecto, es prudente obligar a las partes a exhibirlos durante el periodo de ofrecimiento de pruebas, para impedir que alguna de ellas dilate el procedimiento. Así mismo, las repreguntas que se formulen, no deberán ser extrañas, a las del interrogatorio y presentarse antes -- del desahogo de la prueba; aquí cabe hacer mención de la forma en que -- deben presentarse, dado que los testigos pueden ser instruidos por el -- que los presenta, acerca del contenido de las repreguntas, obstaculizan

do la averiguación de la verdad, es apropiado que se permita al contrario presentar sus repreguntas en sobre cerrado, aún cuando el artículo 1203 del Código de Comercio, ordena que sólo los pliegos de posiciones pueden presentarse cerrados, consideró que debe adicionar a las repreguntas.

Por otra parte, el artículo 1266 del Código de Comercio, ordena que sobre los hechos probados por confesión judicial, no podrá el que los haya confesado rendir prueba de testigos; el contenido de dicho precepto se dirige primordialmente a evitar que el actor de la confesión judicial destruya ésta por el dicho de testigos; se da por entendido que el beneficio de dicha confesión judicial, no intentará la prueba de testigos sobre aquellos hechos confesados, por tener ya la prueba plena deseada; sin embargo, se debe impedir, también, a éste último, el instrumentar testigos sobre los hechos que asentados en las posiciones articuló a su contrario, por que se le debe tener por confeso respecto a los hechos que afirmó en las posiciones.

Por su parte, los artículos 1267 y 1268 del ordenamiento mercantil, permiten variaciones respecto al lugar y forma para pedirles su declaración; el primero de ellos, se refiere a los ancianos de más de sesenta años, a los enfermos y a las mujeres, que según las circunstancias del caso, el juez podrá recibirles la declaración en sus casos; las circunstancias a que se refiere dicha norma, debe demostrarlas el oferente; en cuanto a las mujeres, dicha excepción ya no se justifica en la actualidad, por lo que debe eliminarse en la parte correspondiente. El segundo de los artículos, debemos considerarlo de aplicación estricta, no debiendo por analogía, incluir a autoridades diversas del Presidente de la República, a los Secretarios de Estado, senado

res, diputados, magistrados, jueces, generales con mando, jefes superiores de las oficinas generales y gobernadores de los Estados o del Distrito Federal, eliminando por razones obvias, a los jefes políticos de los territorios; a efecto de que rindan su declaración mediante oficio.

Por otro lado, el artículo 1269 del Código de Comercio, ordena la recepción de la testimonial en el lugar de residencia del testigo ausente; así el tribunal del lugar en donde se encuentra lo examinará una vez haya recibido el exhorto correspondiente, junto con el pliego cerrado de las preguntas que se hubieren presentado; debe corregirse la denominación del cuestionario que la norma llama pliego, por el de interrogatorio; así mismo, debe añadir el de las repreguntas que proponga la contraparte; por otra parte, resulta innecesario que el interrogatorio vaya cerrado, toda vez que al presentarse junto con el ofrecimiento de la prueba, el contrario lo ha revisado para formular sus repreguntas, no así éstas, en virtud del argumento expresado al comentario del artículo 1264 del ordenamiento legal citado, es decir, a efecto de evitar que el oferente instruya a sus testigos del contenido de las repreguntas.

Así tenemos que, no obstante la prohibición de la parte final del artículo 1203, de que sólo los pliegos de posiciones pueden presentarse cerrados; el precepto comentado se opone a ésta disposición, al exigir que el interrogatorio se adjunte al exhorto en sobre cerrado; aquí es oportuno insistir en la recomendación hecha para el artículo 1203, es decir, debe ordenar que las repreguntas se presenten cerradas; así mismo, señalar que el exhorto se integre con el interrogatorio y el cuestionario de repreguntas.

Finalmente, se permite al órgano jurisdiccional formu--

lar preguntas a los testigos, relativas a los puntos de los interroga-- torios, preguntas y repreguntas, a efecto de dar claridad y precisión - a la información testimonial prestada; habida cuenta de la facultad de las partes, para llamar la atención del juez, a efecto de que requiera al testigo para que conteste o aclare, y de que la testimonial es una - prueba que los jueces no pueden decretar de oficio, debemos considerar que únicamente las partes saben los hechos cuya existencia deben probar y también las particularidades que pueden aprovechar de sus testigos -- para conseguirlo, por lo que la actuación del juez al interrogar a los testigos se debe limitar a obtener declaraciones claras y precisas, sin excederse del carácter pasivo en el que debe permanecer, buscando única mente las explicaciones que estime pertinentes para resolver sus dudas.

## 3.3. DOCUMENTAL

El Código de Comercio refiere a los instrumentos públicos como aquellos que así sean calificados por las leyes comunes, agregando a las pólizas de contratos mercantiles celebrados con la intervención y autorización de corredor; de tal forma se considera público al documento expedido por un funcionario competente, es decir, en ejercicio de las atribuciones que legalmente le han conferido y requisitando al instrumento con las formalidades exigidas por la ley; por el contrario son documentos privados los que no reúnan cualquiera de los requisitos recién nombrados, así tenemos que un documento privado autenticado por una autoridad sin facultades para ello, aún cuando contenga las formalidades de ley, no podrá ser utilizado por su presentante como documento público, y si desee aprovechar lo consignado en él deberá utilizar cualquier medio de prueba eficaz para perfeccionarlo, ya el reconocimiento judicial, pericial o testimonial, al respecto la jurisprudencia ha definido:

"Las certificaciones expedidas por las autoridades sobre asuntos ajenos a sus funciones, no tienen ningún valor jurídico, y para utilizarlo dicho por las autoridades en lo que no se refiere al ejercicio de sus funciones, es preciso promover la prueba testimonial con arreglo a derecho". (Jurisprudencia No. 106 que aparece en el Apéndice de Jurisprudencia del Semanario Judicial de la Federación).

Por su parte, la objeción de documentos presentados como públicos junto con la demanda o dentro del período de ofrecimiento de pruebas, podrá hacerse valer por el interesado en los tres primeros días del mismo período y los posteriores hasta antes de la publicación de probanzas dentro de los tres días del auto que ordene su recepción, ésta --

regla corresponde a la contenida en el artículo 340 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en virtud de la omisión del legislador en materia mercantil al respecto, aplicado supletoriamente; - asimismo, de los presentados después de la notificación del decreto de publicación de probanzas, se dará vista al colitigante para que haga valer sus derechos en el término de cinco días, según lo dispone el artículo 1319 del Código de Comercio; resulta de vital importancia el que se regule en este punto, dada la notoria influencia de los documentos en los juicios mercantiles y así proteger los intereses del que en su contra se opongan diversos documentos, conociendo el tiempo y forma de ejercer sus derechos, toda vez que existe una gran confusión entre objeción e impugnación de falsedad de documentos, como se verá más adelante.

Por otro lado, el Código de Comercio dispone el reconocimiento judicial como único medio idóneo para atribuir valor pleno a un documento privado, así lo establecen los artículos 1241 al 1245 y 1296 del ordenamiento citado, de tal forma el oferente de un documento privado, como ya se apuntó, a efecto de proveerlo de eficacia probatoria plena, deberá solicitar el reconocimiento del instrumento por la parte que lo firmó, por quién lo mandó extender o por el apoderado con cláusula especial, so pena de que el juzgador examine dicho documento y lo utilice como un dato simplemente, a diferencia de la legislación común, la legislación mercantil no regula el reconocimiento tácito de los documentos, - sin embargo, como ya se explicó, ante la omisión del citado ordenamiento para normar el tiempo y forma para la objeción de documentos, supletoriamente se ha aplicado lo mandado por el artículo 340 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por tanto la sanción para la parte que no objetó en tiempo los documentos presentados en su perjuicio, será el reconocimiento tácito de los mismos y con ello harán fe como si-

hubieran sido reconocidos expresamente, aún cuando la sanción aludida rige en la práctica, por seguridad procesal debe incluirse tal disposición en el Código de Comercio.

Asimismo, a efecto de mantener vigente el principio de -- seguridad procesal, debe considerarse oportuno referir como necesaria -- la legalización de documentos públicos; el Código de Comercio otorga plena fe a los instrumentos expedidos por las autoridades federales en toda la República sin necesidad de legalización, lo opuesto sucede cuando dichos instrumentos se expiden por autoridades locales, porque para acreditar su autenticidad será requisito indispensable la legalización del mismo por los gobernadores de los Estados o del Distrito Federal; de tal -- manera se explica la legislación mercantil en sus artículos 1246 y 1247, con la finalidad de evitar conductas delictivas; por legalización debe -- entenderse la anotación puesta por el funcionario correspondiente que -- hace constar que la firma o firmas que en el documento aparecen son auténticas y que la persona que las estampó desempeñaba, en ese preciso -- momento, el cargo que se atribuye; así tenemos que los instrumentos expeditos por autoridades locales y presentados en diversa entidad federativa, necesitan ser legalizados para hacer fe, sin embargo, se ha dejado -- de regular a aquellos documentos públicos expedidos por fedatarios, que -- por no ser autoridades locales quedan fuera de lo dispuesto por el mencionado artículo 1247 del Código de Comercio, con las muy probables consecuencias perjudiciales para las partes en los juicios mercantiles; la -- necesidad de reforma a que me referí anteriormente, surge de la omisión -- del mencionado precepto al olvidar a las personas que sin ser funcionarios locales tienen fe pública y cuyos documentos pueden estar falsificados, por lo que en vía de seguridad deben ser legalizados de igual -- forma que los expedidos por autoridades locales.

## 3.4 PERICIAL

Al referirnos al estudio de la Prueba Pericial en materia-civil, se concluyó que el juez no se encuentra siempre en condiciones de apreciar un hecho por sus propios medios, por lo que se hace auxiliar de personas que sí los puedan apreciar en razón de su entender científico - ó artístico, llamados peritos y que el desarrollo de los dictámenes constituye la prueba pericial, dicho sea de paso, el maestro Hugo Alsina - - (56) arguye que los dictámenes periciales no constituyen la prueba en -- sí, sino que únicamente la pericial es un medio para obtener una prueba, diciendo al referirse al juicio de peritos: "En primer lugar, que no se trata en realidad de una prueba, aunque el código así la denomine, sino de un medio para la obtención de una prueba, desde que sólo aporta elementos de juicio para su valoración. La prueba está constituida por el hecho mismo y los peritos no hacen sino ponerlo de manifiesto".

Ahora bien, sintéticamente la prueba pericial se reduce, a lo siguiente:

Una vez que se estime necesario el auxilio de peritos con-respecto a los hechos controvertidos, por requerirse una asistencia técnica y de conocimientos especiales en cierta materia, como imprescendibles para la comprobación de esos hechos y precisar sus causas y efectos; las partes deberán, si quieren acreditar sus afirmaciones, ofrecer la prueba pericial.

---

(56) ALSINA, HUGO. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editores, S. de R.L., 1942, Tomo II. pp. 347. Buenos Aires.

Esta se limitará a dar opiniones que el órgano de justicia apreciará con libertad; al respecto, el Lic. Carlos Cortes Figueroa (57) nos dice: "Esto no quiere decir que el juzgador atienda y se convenza íntegramente a virtud de lo dictaminado por el perito nombrado por una de las partes, sino que es factible que su convencimiento se norme a virtud de opiniones entresacadas de los dictámenes de peritos de ambas partes, y aún de lo que dictamine el perito tercero, a virtud del desacuerdo entre los otros dos designado por el propio tribunal".

En la especie, la prueba pericial, se encuentra reglamentada en el Código de Comercio, disponiendo que tendrá lugar en los negocios relativos a alguna ciencia ó arte, y en los casos en que expresamente lo prevengan las leyes; desafortunadamente, los artículos correlativos complican el desarrollo procesal de dicha prueba; toda vez, que no explican claramente la forma de ofrecerse, ni quienes no pueden ser peritos, ni la existencia de algún recurso que impida la viabilidad de uno; aún cuando, por lo dispuesto en el artículo 2 del Código de Comercio, --son supletoriamente aplicables a los actos de comercio las normas del derecho común, es apropiado hacer contener en la parte correspondiente, -- las disposiciones normativas que garanticen la disolución de problemas -- al desarrollar el juicio pericial.

Ahora bien, el artículo 1253 del Código de Comercio, olvida resolver la situación que se presenta cuando los litigantes son varias partes, y se presenta la necesidad de nombrar un perito para cada

---

(57) CORTES FIGUEROA, CARLOS. Introducción a la Teoría General del Proceso. Editorial Cárdenas. México 1975. pp. 336.

una de ellas, la doctrina ha estimado que se debe nombrar un perito -- para la parte que pretenda acreditar un determinado aserto y otro para la parte con diversas afirmaciones, en este punto José de Vicente y Caravantes (58) dice: "Si fueren más de dos litigantes, nombrarán uno los que sostuvieren unas mismas pretensiones, y otro los que las contradigan. Usa la ley en este lugar de la palabra litigantes, por ser general y significar toda clase de personas interesadas que controvierten -- sobre sus respectivos derechos ante la autoridad judicial, ya sean demandantes, demandados ó terceros opositores, ya litiguen unidos bajo -- una misma dirección, por hacer uso de unas mismas acciones ó excepciones; ya litiguen en cuerda separada, por ser aquellas distintas, con -- arreglo a lo que dispone para este caso el artículo 235, si bien se designan más específicamente con el nombre de partes los litigantes que -- sostienen pretensiones distintas. Se entiende pues, que sostienen unas mismas pretensiones, ó que contradicen a las mismas para el efecto de -- nombrar un sólo perito, todos aquellos litigantes a cuyos derechos ó -- excepciones puede favorecer o perjudicar directamente la declaración ó averiguación del hecho, objeto del reconocimiento pericial, ó que alegan acciones ó excepciones que pueden testificar ó debilitar esta prueba". Así tenemos, que el artículo citado únicamente se limita al caso -- en que las partes al proponer peritos no se ponen de acuerdo, facultando al juez a nombrar uno dentro de los designados; gran diferencia se encuentra si comparamos este sistema de desahogo de la prueba pericial -- con el que marca el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Fede-

---

(58) DE VICENTE Y CARAVANTES, JOSE. Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil. Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, 1856. pp. 203. Madrid.

ral; sin lugar a dudas, el legislador del Código de Comercio pretendió - acabar con la pérdida de tiempo al preparar y desahogar la pericial, el dictámen de un sólo perito, ya nombrado de común acuerdo por las partes, ya nombrado por el juez en caso de desacuerdo, ofrece agilidad al procedimiento, pues evita la diversidad de dictámenes, pero presenta un problema más grave para el órgano jurisdiccional, la confiabilidad en el resultado de comprobación y determinación de causa y efectos de los hechos litigiosos es de dudosa calidad; porque considero que del cotejo ó comparación que se haga entre los juicios periciales que cada parte presente y en su caso, el del tercero en discordia, el juez puede esclarecer en su mente, los hechos que factiblemente sucedieron, que del estudio de un sólo dictámen, por lo que me parece que si bien la prueba pericial no -- contiene un valor probatorio pleno, se reduce su fuerza probatoria aún -- más con el sistema empleado por el Código de Comercio.

Por otro lado, no explica la forma en que las partes pueden ponerse de acuerdo ó no para proponer peritos, ya que si cada parte designa peritos indistintamente, no con esto se entiende que se tiene -- conforme ó disconforme al contrario con los nombrados; en tal virtud, -- dicho ordenamiento debería ordenar que el oferente de la prueba, propusie se a su perito y se diera vista al contrario para que expresara su opinión; del resultado, se determinaría lo conducente por el juez de la causa.

Ahora bien, en caso de que los que deban nombrar peritos -- no lo hicieran, surgen las siguientes cuestiones: ¿ el juez lo nombra -- en rebeldía? ¿ el juez designa al de la parte que lo nombró para que -- practique la diligencia?, mismas que son resultado de la falta de atención a este artículo; sin lugar a dudas, dicho precepto urge de mejoras,

mismas que propongo en mi proyecto.

Por otro lado, los artículos 1254 y 1255 aportan más reglas para el desahogo de la prueba pericial, disponiendo que: Art. 1254: "Los peritos deben tener título en la ciencia ó parte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su juicio, si la profesión ó el arte estuvieren legalmente reglamentados", por su parte el artículo 1255 dice: -- "Si la profesión ó el arte no estuvieren legalmente reglamentados, ó estándolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas, aún cuando no tengan título". Es decir, que a falta de técnicos se recurrirá a prácticos, cuyos conocimientos serán -- siempre más amplios y precisos que los de la generalidad. En cuanto a sexo, edad y demás características personales, la ley no estipula nada en particular, pero deben entenderse que se debe de tratar de personas en pleno disfrute de los derechos de goce y ejercicio.

En un principio se ha establecido que el ordenamiento mercantil no aclara quienes no pueden ser testigos y deja un espacio al no contener algún recurso que impida la viabilidad de un perito; caso contrario lo es la ley adjetiva civil que en su artículo 351 dispone la recusación de peritos y las causas de procedencia de dicho recurso; siendo estos impedimentos para la designación de peritos, es necesario por tanto la aplicación de tal norma en la legislación mercantil, ya que su ámbito federal otorgaría uniformidad al sistema preparatorio del juicio pericial.

Ahora bien, el objeto de la prueba pericial, hemos dicho, es llevar a los ojos del juzgador las causas y efectos, constatados por la ciencia, de los hechos litigiosos que le han sido expuestos, determinando finalmente si son físicamente posibles; por consiguiente no puede

versar sobre hechos que el juez está en condiciones de apreciar personalmente mediante inspección; es decir, sin requerir de conocimientos especiales; así tenemos que la presencia del juzgador a la diligencia que -- practiquen los peritos al desahogar los puntos sobre los que ha de versar el exámen, resulta intrascendente, puesto que el perito de cada parte expondrá las razones más apropiadas para justificar el dicho de su -- cliente y si el juzgador carece de los conocimientos especiales o las -- nociones mínimas de la ciencia o arte en cuestión, las aclaraciones que exija o las diligencias extraordinarias que reclame salen sobrando, porque aún cuando de todo quede constancia expresa, el juez del conocimiento necesitará estudiar la materia científica que explicó el fenómeno con -- siderado; estimo que el exámen pericial debe atender exclusivamente a -- los puntos dudosos que las partes han considerado entendibles en cuanto a causa y efectos a los peritos; es decir, sometiendo a éstos cuestionamientos de inalcanzable respuesta para los ignorantes en la especie, pro -- puestos de manera lógica, a efecto de que la asistencia procurada a fa -- vor del juez sea asequible a su entender, sin querer adiestrar a éste en la materia, simplemente exponerlo, lo que la ciencia ha establecido como causa del fenómeno analizado y desentenderlo de procesos investigatorios empíricos. De tal forma, resulta más apropiado establecer en el mismo -- artículo 1256 del Código de Comercio, el término en el que los peritos -- deberán rendir su dictámen, de acuerdo a los puntos sobre los que ha de versar, obteniendo así que la prueba se desahogue agilmente y que las -- partes, al ofrecer la prueba y en particular al expresar sobre lo que ha de tratar, aporten al medio de prueba una mayor o menor fuerza probato -- ria; es decir, la estructuración lógica de las cuestiones generarán en -- las respuestas de los peritos, una concatenación de afirmaciones científicas que den credibilidad a los hechos narrados de manera proporcional

a su exposición.

Tenemos que el artículo 1257 del Código de Comercio, se refiere a ciertas normas que fijan el juicio de los peritos, salvándolos - de dicha obligación si exponen razones para modificar tales normas, cabe decir que la razón se presenta por sí sola, el juicio de peritos se norma en función al desarrollo científico ó artístico, teniendo como única limitación los fenómenos que el hombre no ha podido responder.

Finalmente, el Código de Comercio permite a las partes - - asistir a la diligencia en que se desahogue la prueba pericial si se trata del avalúo de una cosa, considero sobranste tal libertad, si las partes han nombrado a su perito, ya que aquellas en combinación de éstos han brán determinado el valor del objeto, sin embargo, tratándose del perito tercero si es sana la disposición al permitir a las partes solicitar día y hora especial para la práctica del avalúo, generalmente, la prueba pericial necesita una regulación más estricta, pues su actual normatividad permite la excesiva dilación probatoria y defectos en su valor probatorio.

### 3.5 PRESUNCIONAL

Dada la cada vez más avanzada complejidad de las relaciones comerciales, el descubrimiento de la verdad real de un acto jurídico celebrado, cuando menos, por una parte que persigue un lucro, se hace cada vez más difícil para los órganos jurisdiccionales; los indicios y conjeturas, provocadas por éstos, de los asertos aportados por las partes - no conceden consecuencias muy naturales o que respondan al orden lógico de los acontecimientos, el Código de Comercio regula de igual manera que los establece el código adjetivo civil para el Distrito Federal, a las - presunciones legales y a las humanas.

Las presunciones legales existen porque son establecidas - única y exclusivamente por la ley, asimismo, debe referirlas expresamente relacionando los hechos correlativos, por tanto las disposiciones imperativas que se establezcan deben atenderse en su mismo significado y - alcance y no comprenderlas como presunciones legales, aún cuando dentro de éstos encontremos normas absolutas que no admitan prueba en contrario y que el juzgador debe acatar; para otras presunciones legales si es admisible la prueba en contrario si se refiere al hecho que fundamenta la -- presunción, nunca al hecho presumido.

Por otro lado, las presunciones humanas son deducciones - del juez del conocimiento que concibe de algún dato importante o grave - como se lee del artículo 1284 del ordenamiento mercantil, sin que medien más explicaciones que la del hecho presumido, y si existen diversas presunciones éstas deben ser concordantes.

En virtud de lo anterior, resulta oportuno referir el - - principio de adquisición procesal, que forma parte del sistema procesal-

mercantil, aplicado específicamente a la prueba presuncional, así tenemos que por el principio señalado las partes pueden valerse de los datos aportados por sus contrarios a juicio, los hechos narrados en la demanda y en la contestación o en cualquier otro acto del pleito constituyen elementos aprovechables por la parte que los promovió y por su contrario, previa ratificación judicial de los mismos para su plena validez, de tal forma que si los hechos de ésta forma admitidos por las partes, conforman el fundamento de una presunción y así se determina un hecho desconocido, el juez podrá resolver la contienda relacionando las pruebas rendidas y las presunciones logradas obteniendo un grado mayor de certeza; es decir, se evita que las partes intenten desacreditar lo que ellas mismas afirman en sus actuaciones judiciales, condenando o absolviendo con la verdad que surge del proceso, por lo que es necesario permitir al promovente de la prueba presuncional exigir del contrario la ratificación judicial de los hechos en que se estime el fundamento de la prueba.

### 3.6 RECONOCIMIENTO O INSPECCION JUDICIAL

El reconocimiento o inspección judicial puede practicarse a petición de parte o de oficio, si el juez lo cree necesario, así -- regula el artículo 1259 del Código de Comercio a éste medio de prueba, -- en ambos casos, ya tratándose de oficio o solicitada a instancia de parte, el juez debe considerar necesaria su recepción para que pueda ser -- admitida, en consecuencia su práctica se debe a la estimación del juez. Al efecto, éste último debe cerciorarse de que es el único medio posible para la constatación de determinado hecho; de considerarlo así, el juzgador se trasladará al lugar que va a inspeccionarse para el desahogo de la prueba; así mismo, cuando se pida el reconocimiento de libros o documentos de comerciantes, el oferente se debe sujetar a lo ordenado por los artículos 44 y 45 del Código de Comercio; es decir, se debe solicitar la exhibición de los papeles del comerciante, siempre que sea -- parte en el juicio, para que en el escritorio del comerciante se practique el reconocimiento y se contraerá únicamente a los puntos que el oferente de la prueba señaló. Realmente resulta necesario que se auxilie al juez, al momento de la inspección, por personas instruidas en la materia que verse, para resolver las dudas que se le presenten; los peritos deben, en razón de equidad, ser nombrados por las partes; el nombramiento quedará condicionado a la solicitud del oferente, en caso de que la prueba sea ofrecida a petición de parte y a la estimación del juez, -- si decretó la prueba de oficio.

## 3.7 FAMA PUBLICA

El Código de Comercio, en sus artículos 1274, 1275 y -- 1276, reglamenta este medio de acreditamiento; en este espacio caben las consideraciones señaladas al estudiar la prueba en materia civil, sin -- embargo, conviene referirnos a la reputación del candidato a rendir información testimonial para probar la fama pública de una u otra parte en contienda judicial, conviene entenderla como un atributo integrado por -- la moralidad del llamado como testigo, tanto en su aplicación personalísima, en sus manifestaciones familiares y en sus repercusiones sociales, que son estas últimas las más notorias, de ahí que en los más antiguos -- sistemas procesales, se pensara como prueba plena a la fama pública; he de considerar que el juzgador aplica su experiencia personal para considerar probada o no la fama pública, tenemos entonces, que coordinar el -- atributo a que arriba me refiero en el testigo que repita lo que ha -- oído, en la persona referida por este último como generador de la creencia, si vive se repite sucesivamente hasta encontrar el primer indicio -- del dicho, y en el juzgador; respecto de éste, casi siempre, los hechos -- que juzga han sucedido fuera del local del juzgado o de su esfera social, en cuyo caso, de no mediar alguna otra prueba, deberá de resolver sobre -- las creencias de otro; afirmación absurda esta última. El Licenciado -- Rafael Pérez Palma (59) concluye que "prácticamente, el dicho de los -- testigos con que se pretende demostrar la fama pública, no tendrán más -- valor probatorio que el que merezcan los testigos de oídas y faltará toda -- vía determinar el grado de credibilidad de las personas, de quien ellos --

---

(59) PEREZ PALMA, RAFAEL. "Guía de Derecho Procesal Civil". Cárdenas Editor. México, 1976. pp. 439.

a su vez, recibieron la tradición que expresan".

Por tanto, ni la doctrina ni muchas otras legislaciones admiten ya a la fama pública como medio de prueba; es necesario que desa parezca del ámbito de nuestro Derecho Positivo.

## CAPITULO IV

PROYECTO DE REFORMAS PROPUESTO EN MATERIA DE PRUEBA AL CODIGO  
DE COMERCIO.

A lo largo del estudio realizado se demostró que la -- transformación de las relaciones jurídico sociales a consecuencia de su propio desarrollo y civilización jurídica, y de las respuestas que la - Ciencia del Derecho a los fenómenos dados, se ha necesitado mejorar los sistemas procesales establecidos.

El Código de Comercio fue producto de las necesidades ju rídicas y sociales de su época, aplicados de manera imperiosa sus dispo siciones adjetivas, encontramos incongruencia entre lo pensado por sus- legisladores en favor de los sujetos de derecho y la justicia; por tan- to se sugieren reformas y adiciones a las normas procesales que en mate ría de prueba contiene el ordenamiento mercantil y así armonizar tales- preceptos con las nuevas necesidades sociales; fundándolas, desde lue-- go, en criterios, doctrinas y disposiciones legales primarias, quedando los artículos tratados con sus respectivos cambios en la forma que ade- lante se expresa a manera de conclusiones.

## C O N C L U S I O N E S

## L I B R O            Q U I N T O

## D E L O S J U I C I O S M E R C A N T I L E S

## T I T U L O            P R I M E R O

## CAPITULO XII

## REGLAS GENERALES SOBRE LA PRUEBA

Art. 1203.- Las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria, exceptuándose la confesión, el reconocimiento de los libros y papeles de los mismos litigantes. Sólo los pliegos de posiciones y los interrogatorios para los testigos, en los casos señalados por los artículos 1267, 1268 y 1269 pueden presentarse cerrados.

Art. 1205.- La ley reconoce como medios de prueba:

- I.- Confesión, ya sea judicial, ya extrajudicial.
- II.- Instrumentos públicos.
- III.- Documentos privados.
- IV.- Juicio de peritos.
- V.- Reconocimiento o Inspección Judicial.
- VI.- Testimonial.
- VII.- Presuncional.

## CAPITULO XIII

## DE LA CONFESION

Artículo 1212.- Es judicial la confesión que se hace ante juez competente, al presentar la demanda, al contestar la misma, al articular posiciones y al absolverlas.

Artículo 1214.- Desde que se abra el juicio a prueba hasta antes de la audiencia, las partes podrán exigir, por una sola vez, de su contrario la declaración bajo protesta de decir verdad, quedando el juez obligado a recibir dicha confesional dentro del término probatorio.

Artículo 1215.- Se deroga.

Artículo 1216.- Es permitido al procurador absolver y articular posiciones.

Artículo 1217.- La parte está obligada a absolver personalmente las posiciones cuando así lo exigiere el que las articula, al momento de ofrecer la prueba.

Artículo 1218.- Se deroga.

Artículo 1219.- Se deroga.

Artículo 1220.- Se deroga.

Artículo 1232.- El que deba absolver posiciones será declarado confeso: I.- Cuando sin justa causa no comparezca;

II.- Cuando se niegue a declarar.

III.- Cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente.

Artículo 1233.- En el primer caso del artículo anterior, el citado a absolver posiciones podrá justificar su inasistencia, si la causa es prevista, antes de la celebración de la audiencia respectiva. El juez abrirá el pliego y calificará las posiciones antes de hacer la declaración, si desestimó la justificación, en caso contrario señalará nuevo día y hora para su recepción dentro del término probatorio.

Artículo 1234.- De toda confesión judicial se dará traslado, al que la hubiere solicitado, si no hubiere comparecido al acto de desahogo, quien podrá pedir se repita, por una sola vez, para aclarar algún punto dudoso sobre el cual no haya respondido categóricamente, o que se declare confeso al absolvente si se haya en alguno de los casos de que habla el artículo 1232.

## CAPITULO XIV

## DE LOS INSTRUMENTOS Y DOCUMENTOS

Artículo 1241.- Los documentos privados y la correspondencia procedentes de uno de los interesados que se presenten por el -- otro, haran fe:

I.- Cuando sean reconocidos expresamente.

II.- Cuando no sean objetados por la parte contraria dentro de los tres días siguientes a la apertura del término de prueba, -- para los presentados hasta entonces y tratándose de los exhibidos con -- posterioridad, dentro de igual término contado desde la notificación -- del auto que ordene su recepción.

Artículo 1242.- Puede exigirse el reconocimiento expreso, con este objeto se manifestaran los originales y se le dejará ver -- todo el documento a quien deba reconocerlos.

Artículo 1244.- En el reconocimiento se observará lo -- dispuesto en los artículos 1217, 1221, 1232 y 1287 fracciones I y II.

Artículo 1247.- Los instrumentos expedidos por las autoridades locales y los que sin serlo tengan fé pública, serán legalizados por los gobernadores de los Estados o del Distrito Federal.

Artículo 1251.- En el caso de que alguna de las partes -- sostenga la falsedad de un documento, podrá alegarla durante el término probatorio o dentro de los tres días siguientes a la notificación del -- decreto en que se haya hecho la publicación de pruebas para los presentados hasta entonces y tratándose de los presentados después de la publica

ción de pruebas, en los casos en que la ley lo permite, el juez correrá traslado de ellos a la parte contraria para que use sus derechos en un término que no excede de cinco días. En todo caso se observarán las -- disposiciones relativas del Código de Procedimientos Penales respecti-- vo.

## CAPITULO XV

## DE LA PRUEBA PERICIAL

Artículo 1253.- Cada parte nombrará un perito, a no ser que se pusieren de acuerdo en el nombramiento de uno solo. Si fueren dos o más litigantes, designarán un perito los que sostengan las mismas pretensiones y otros los que la contradigan.

Si los que deben nombrar un perito no pudieran ponerse de acuerdo, el juez designará uno entre los que propongan la diligencia. El perito tercero en discordia será nombrado por el juez.

Artículo 1254.- La parte que desee rendir la prueba pericial, deberá promoverla, haciendo la designación del perito de su parte y formulando los puntos sobre los que ha de versar.

El tribunal concederá a las demás partes el término de tres días para que adicionen el cuestionario y nombren perito.

Las partes perderán el derecho de nombrar perito:

I.- Si dejaren de hacer el nombramiento en el término señalado en el segundo párrafo de este artículo;

II.- Si el designado por las partes no aceptare su cargo, dentro de las cuarenta y ocho horas que sigan a la notificación de su nombramiento;

III.- Cuando habiendo aceptado no rindiere su dictámen en el término señalado por el artículo 1256.

En tales casos el juez lo nombrará de oficio, teniendo -

la obligación este perito, de aceptar o excusarse del caso, en un término de tres días y de rendir su dictámen en un término de diez días, que podrá ser ampliado a quince a petición del perito.

Artículo 1255.- Los peritos deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su juicio, si la profesión o el arte estuvieren legalmente reglamentados; en caso contrario, o estándolo no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas, aún cuando no tengan título.

El perito nombrado por el juez en los términos del párrafo final del artículo 1254, puede ser recusado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la en que se notifique a las partes su nombramiento, siempre que concurra alguna de las siguientes causas:

I.- Consanguinidad dentro del cuarto grado, con alguna de las partes;

II.- Interés directo o indirecto en el pleito;

III.- Ser socio inquilino, arrendador o amigo íntimo de alguna de las partes.

El juez calificará de plano la recusación y las partes deben presentar pruebas al hacerla valer. Admitida, se nombrará nuevo perito en los mismos términos del recusado; contra el auto que la admita o deseche no procede recurso alguno.

Artículo 1256.- El juez señalará el lugar, día y hora para que la diligencia se practique, si estima presidirla. En cualquier otro caso, los peritos rendirán su dictámen en un término de diez días, contados a partir de su aceptación y protesta, pudiéndose ampliar dicho

término hasta por cinco días más, a petición del mismo; el juez observará lo dispuesto por el artículo 1201 y resolverá sobre la ampliación.

Artículo 1257.- Los dictámenes periciales se sujetarán a los cuestionarios exhibidos y adicionados por las partes; los peritos deberán exponer y fundar las consideraciones que concluyan su juicio.

Artículo 1258.- Cuando el juicio pericial tuviere por objeto el avalúo de alguna cosa, tratándose del practicado por el perito en discordia, pueden las partes asistir a la diligencia respectiva, a cuyo efecto el juez señalara día y hora, si lo pidiera alguna de ellas.

## CAPITULO XVI

## DEL RECONOCIMIENTO O INSPECCION JUDICIAL

Artículo 1259.- El reconocimiento o inspección judicial puede practicarse a petición de parte, nombrando las partes a los peritos que resuelvan las dudas del juez; o de oficio, si el juez lo cree necesario, nombrando un perito que lo auxilie en el esclarecimiento de la verdad.

## CAPITULO XVII

## DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Artículo 1262.- No pueden ser testigos:

I.- El menor de catorce años, sino en casos de imprescindible necesidad a juicio del juez, quien no será protestado para conducirse con verdad;

II.- Los dementes y los idiotas, así declarados mediante sentencia judicial ejecutoriada;

III.- Se deroga.

IV.- El que haya sido declarado mediante sentencia judicial ejecutoriada, testigo falso o falsificador de letra, sello o moneda;

V.- El tahir de profesión, así declarado mediante sentencia judicial ejecutoriada;

VI.- Los parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado y por afinidad dentro del segundo, de cualquiera de las partes.

VII.- Los cónyuges de cualquiera de las partes.

VIII.- Los que tengan interés directo o indirecto en el pleito;

IX.- Los que vivan a expensas o sueldo del que los presenta;

X.- El enemigo capital;

XI.- El abogado y el procurador en el negocio de que lo sea o lo haya sido;

XIII.- El tutor y el curador por los menores y éstos por aquellos, durante el tiempo que dure la tutela.

Artículo 1263.- Para el exámen de los testigos no se -- presentarán interrogatorios escritos, las preguntas y repreguntas serán formuladas verbal y directamente por las partes.

Artículo 1264.- Se deroga.

Artículo 1265.- Las preguntas y repreguntas deberán ser claras y precisas, tener relación y no ser contrarias a la moral y al Derecho.

Artículo 1267.- A los ancianos de más de sesenta años, y a los enfermos, podrá el juez, según las circunstancias, recibirles - la declaración en sus casas. El oferente deberá exhibir el cuestionario respectivo y el contrario formulará, si lo desea, las repreguntas respectivas mismas que exhibirá en sobre cerrado antes de la audiencia. No podrá señalarse día y hora para la recepción de dicha testimonial, si no se hubiere presentado el interrogatorio respectivo.

Artículo 1268.- Al Presidente de la República, a los -- Secretarios de Estado, senadores, diptuados, magistrados, jueces, generales con mando, jefes superiores de las oficinas generales, gobernadores de los Estados o del Distrito Federal, se pedirá su declaración por oficio, y en esta forma la rendiran, las partes se sujetarán a lo mandado por el párrafo final del artículo 1267.

Artículo 1269.- Si el testigo no reside en el lugar del juicio, será examinado por el juez del lugar donde se encuentre, a -- quien, previa citación de la parte contraria, se librará exhorto, en -- que se incluirán las preguntas en sobre cerrado y las repreguntas que -- se hubiesen presentado.

Artículo 1270.- El oferente interrogará a sus testigos, al término del exámen de cada testigo, podrán las demás partes formular las repreguntas respectivas siempre y cuando estén relacionadas con los hechos sobre los que depusieron.

Sólo cuando el testigo deje de contestar algún punto o -- haya incurrido en contradicción, o se haya expresado con ambigüedad, -- pueden las partes llamar la atención del juez, para que éste, si lo es- -- tima conveniente, exija al testigo las aclaraciones oportunas.

Artículo 1271.- Los testigos serán examinados separada -- y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros. A este efecto, el juez fijará un sólo día para que se presenten los testigos que deban declarar respecto de los mismos hechos y designa -- rá el lugar donde deban permanecer hasta la conclusión de la diligencia, salvo lo dispuesto por los artículos 1267 al 1269. Cuando no fuera posi -- ble terminar el exámen de los testigos en un sólo día, la diligencia se suspenderá para continuarla al siguiente día hábil.

Artículo 1273.- Sobre los hechos que han sido objeto de un interrogatorio no puede presentarse ni formularse otro en alguna ins -- tancia del juicio.

## CAPITULO XVIII

## DE LA FAMA PUBLICA

Los Artículos 1274 al 1276 se derogan.

## CAPITULO XIX

## DE LAS PRESUNCIONES

Artículo 1280.- El que tiene a su favor una presunción - legal sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción y si el mismo consta en cualquier acto del juicio, no siendo ante la presencia judicial, podrá pedir y deberá decretarse la ratificación.

## CAPITULO XX

## DEL VALOR DE LAS PRUEBAS

Artículo 1296.- Los documentos privados harán prueba ple  
na y contra su autor, cuando se de cualquiera de los supuestos del artí-  
culo 1241.

Artículo 1300.- Se deroga.

Artículo 1301.- La fe de los juicios periciales incluso  
el cotejo de letras, será calificada por el juez según las circunstan- -  
cias.

## CAPITULO XXI

## DE LAS TACHAS

Artículo 1318.- Se deroga.

Artículo 1319.- Se deroga.

## TITULO SEGUNDO

## DE LOS JUICIOS ORDINARIOS

Artículo 1386.- No impedirá que se lleve a efecto la publicación de pruebas el hecho de hallarse pendientes algunas de las diligencias promovidas. El juez podrá mandar concluir las, si estima que son importantes para el resultado del juicio y si no se recibieron por causas ajenas al oferente, dando en tal caso conocimiento de ellas a las partes.

## B I B L I O G R A F I A

- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NIETO: "Clínica Procesal". Editorial Porrúa, S. A. México 1963.
- ALSINA, HUGO: "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y - Comercial". Editorial Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires - 1942.
- BONNIER, EDUARDO: "Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal". Editorial Hijos de Rems. Editores. Madrid, 1902.
- CAMPILLO CAMARILLO, AURELIO: "Apuntamientos de Derecho Procesal Civil". México, 1939.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE: "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Volúmen III. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1940.
- CORTES FIGUEROA, CARLOS: "Introducción a la Teoría General del Proceso". Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1975.
- COUTURE, EDUARDO J.: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Editorial Aniceto López Editor. Buenos Aires, 1942.
- DE LA PLAZA, MANUEL: "Derecho Procesal Civil Español". Volúmen I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1945.
- DE PINA, RAFAEL Y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE: "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Editorial América. México, 1946.

DE VICENTE Y CARAVANTES, JOSE: "Tratado Histórico, Crítico Filosófico los Procedimientos Judiciales en Materia Civil". Editorial Imprenta de Gaspar y Roig, Editores. Madrid, 1856.

ESCRICHE, JOAQUIN: "Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense". Editorial. Imprenta de J. Ferrer de Orga. Valencia, 1838.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO: "Derecho Romano". Editorial Esfinge, S. A. México, 1981.

MIGUEL Y ROMERO, MAURO: "Lecciones y modelos de Práctica Forense". Editorial Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1944.

PEREZ PALMA, RAFAEL: "Guía de Derecho Procesal Civil". Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1976.

RAMIREZ BAÑOS, FEDERICO: "Tratado de Juicios Mercantiles". Editorial Antigua Librería Robredo. México, 1963.

REDENTI, ENRICO: "Derecho Procesal Civil". Editorial Ejea. Buenos Aires, 1957.

SODI, DEMETRIO: "La Nueva Ley Procesal". México, 1933.

VIVANTE, CESAR: "Tratado de Derecho Mercantil". Volúmen I. Editorial Reus, S. A. Madrid, 1932.

#### LEGISLACION.-

Código de Procedimientos Cíviles para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Cíviles del Estado de México.

Código de Comercio.