



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998.

LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER EN EL PROCESO CIVIL

Tesis que para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Sustenta la

LIC. MARIA JOSE JUNCO CALZON

Director de la Tesis

DR. JOSE ALBERTO SAID RAMIREZ

México, D. F.

2014

AGRADECIMIENTOS

La elaboración de una tesis doctoral no sólo es producto del esfuerzo individual. Se debe reconocer el mérito propio por alcanzar los objetivos propuestos, aunque sin olvidar que nunca se parte de cero, y que sólo se puede llegar más lejos porque otros antes han acumulado el conocimiento necesario para hacer progresar el nuestro. Este reconocimiento forma parte de ese sistema social que denominamos ciencia y es un requisito formal e ineludible en la formación del ser humano.

A DIOS, por darme la oportunidad de vivir; por demostrarme día a día que con humildad, paciencia y sabiduría todo es posible; por tomarme de su mano y llevarme por el camino del bien; por darme fuerza para seguir adelante y no dejarme vencer por los problemas; por enseñarme a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento. Gracias por ser mi soporte y mi compañía.

A LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA, por la oportunidad que me brindo al ser parte de ella y abrirme las puertas de sus aulas. Por su formación académica y humana misma que brinda de una manera excepcional y por haber contribuido de manera inconmensurable a mi formación profesional.

AL DOCTOR ALBERTO SAID RAMIREZ, por haber aceptado dirigir ser mi trabajo de investigación; por el apoyo, paciencia, consejos y orientación que siempre me brindó, pero en especial, gracias por compartir sus conocimientos de una manera natural y sin egoísmo, ya que lo único que refleja es su gran calidad humana y muestra de excelencia académica y jurídica.

A MIS PADRES, por ser los pilares fundamentales de lo que soy; por darme la vida, por sus valores, por su motivación constante y por su apoyo incondicional, lo que me ha permitido ser una persona de bien; por los ejemplos de perseverancia y constancia que me han infundado, por el ejemplo de salir siempre adelante, pero sobre todo por su amor y por creer en mí. Todo este trabajo ha sido posible gracias a ustedes.

A MIS HERMANOS, por estar conmigo, por apoyarme, por ser piezas fundamentales en lo que hoy soy, por ser mis cómplices y por creer en mí, los quiero mucho.

A MI ESPOSO, Emilio, por compartir el día a día con paciencia y cariño, por ese optimismo que me impulso a seguir adelante, por su apoyo y por los días y horas que hizo el doble papel de papá y mamá para permitirme concluir este gran sueño.

A MI CUÑADA Y SOBRINOS, por el apoyo y cariño que siempre me han brindado.

A MIS SOCIOS Y AMIGOS, por el apoyo en nuestra formación profesional y laboral, por compartir los buenos y malos momentos, por las afinidades y diferencias, por ayudarme a lograr este trabajo y sobre todo, por la amistad.

A TODOS, los que de una manera directa o indirecta estuvieron en este proyecto, gracias por esa palabra de apoyo que me brindaron durante este largo camino.

Mi agradecimiento es para todos ustedes,
por fin ha llegado el principio.

DEDICO el presente trabajo de investigación, de una manera especial, a **MI HIJA NURIA** que bajo del cielo en el momento preciso para llenar mi vida de alegría. Gracias porque eres mi inspiración y mi fortaleza, una sonrisa tuya ilumina mi mundo y me da la fortaleza necesaria para luchar y conseguir mis metas, esto y todo lo que venga es por y para ti, te adoro.

A mi **PAPA**, quien siempre creyó en mí; que al paso de los años nunca dejó de insistirme para que concluyera el presente trabajo y quien a pesar de que hoy no se encuentra físicamente a mi lado, lo está en mi mente y en mi corazón. A ti Papá, en donde quiera que estés, te dedico este trabajo con toda mi alma, siempre fuiste y serás mi orgullo y mi ejemplo a seguir, mil gracias por todo, sé que estás feliz por este logro en mi vida, te adoro.

INDICE

INTRODUCCION	9
MARCO JURIDICO	14
C A P I T U L O I.- EVOLUCION DEL PENSAMIENTO Y LEGISLACION	
PROCESAL DEL INSTITUTO DE LA PRUEBA.....	17
1.- HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL Y DE LA PRUEBA	17
1.1 El Período Primitivo	20
1.2. Derecho Romano y Germánico	23
1.2.1. Generalidades	23
1.2.2. Los Romanos	25
1.2.3. Los Germanos.....	36
1.3. La Edad Media	44
1.4. Derecho Anglo Sajón.....	51
1.5. La Revolución Francesa y la Codificación	55
1.6. Antiguo Enjuiciamiento Español	60
2. LA PRUEBA EN LA EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO PROCESAL.....	66
2.1. Procesalismo Primitivo	66
2.2. Los Griegos	68
2.3. Los Romanos	69
2.4. Los Germanos	70
2.5. Escuela Judicialista	72
2.6. Los Prácticos	73
2.7. El Procedimentalismo	75
3.- CORRIENTE CIENTÍFICA DEL PROCESO O PROCESALISMO	
CIENTÍFICO	76
3.1. Procesalismo Germánico.....	78
3.2. Procesalismo Italiano	78
3.3. Procesalismo Español	79

3.4. Procesalismo Iberoamericano	79
3.5. Procesalismo En México	80
3.6. Derecho probatorio	80
4.- CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL	82
4.1. Legislación Procesal Civil Mexicana.....	83
4.2. Ley Que Regula Los Procedimientos Judiciales En Los Tribunales Y Juzgados Del Distrito Federal Y Territorios	87
4.3. Código De Procedimientos Civiles De 1872.....	87
4.4. Código De Procedimientos Civiles De 1880.....	89
4.5. Código De Procedimientos Civiles De 1884.....	91
4.6. Código De Procedimientos Civiles De 1932.....	94
C A P I T U L O II.- LA PRUEBA.....	98
1.- PRINCIPIOS PROCESALES.....	98
2.- SISTEMAS PROCESALES	100
2.1. Sistema Inquisitivo.....	101
2.2. Sistema Dispositivo	105
2.3. Sistema Publicista	109
3.- SINTESIS HISTÓRICA DE LA PRUEBA.....	112
4.- CONCEPTO DE LA PRUEBA (NOCIÓN Y UNIDAD CONCEPTUAL DE LA PRUEBA).....	114
5.- LA PRUEBA Y LA VERDAD.....	120
6.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA	122
7.- TEORÍA DE LA PRUEBA Y LA ESPECIFICIDAD DE LA PRUEBA PROCESAL.....	123
8.- DERECHO PROBATORIO Y LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA	128
9.- PRINCIPIO DE EQUIDAD E IGUALDAD JURÍDICA.....	136
10.- EL OBJETO DE LA PRUEBA.....	139
11.- LA CARGA DE LA PRUEBA	146

12.- LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	150
13.- FINALIDAD DE LA PRUEBA.....	155
14.- LOS INSTRUMENTOS PROBATORIOS.....	159
15.- EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO	166
CAPITULO III.- LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER	172
LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER	172
1.- NATURALEZA JURIDICA DE LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER	172
2.- CONCEPTO DE LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER	177
3.- EL OBJETO DE LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER	183
4.- FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ PARA ORDENAR LA PRÁCTICA DE PRUEBAS.....	187
5.- CARACTERISTICAS DOCTRINARIAS Y PRÁCTICAS DE LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ	190
5.1. Características doctrinarias	190
5.2. Características prácticas	191
6.- PROBLEMAS DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER EN LA TEORIA GENERAL DEL PROCESO.....	198
6.1. Principios “ <i>Da mihi factum, dabo tibi ius</i> ” y “ <i>Iudex debet judicare secundum allegata et approbata, non autem secundum conscientiam</i> ” y las diligencias para mejor proveer.....	201
7.- PROBLEMAS EPISTEMOLOGICOS DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER	204
8.- LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER EN SU CARÁCTER DE PROCEDIMIENTO PROBATORIO.....	207
9.- DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER RESPUESTA A LA INSUFICIENCIA DE LA CONVICCIÓN O A UNA DEFECTUOSA ACTIVIDAD PROBATORIA	210
10.- LIMITES DE LA OFICIOSIDAD DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER	211

11.- LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER EN LA LEGISLACION CIVIL MEXICANA	214
12.- LA CORTE Y LA JURISPRUDENCIA.....	220
13.- ENTREVISTAS A JUECES Y MAGISTRADOS DEL FUERO LOCAL Y FEDERAL RESPECTO AL USO DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER	227
a).- Jueces Familiares del Distrito Federal	229
b).- Jueces de Cuantía Menor Civil y de Proceso Oral Civil del Distrito Federal	234
c).- Jueces de Primera Instancia del Distrito Federal	242
d).- Magistrados de Segunda Instancia del Distrito Federal	246
e).- Jueces y Magistrados Federales en Materia Civil del Primer Circuito.	250
CAPITULO IV.- LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO COMPARADO	259
LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO COMPARADO	259
1.- CUESTIONES PREVIAS.....	259
2.- PRINCIPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO EN EL DERECHO COMPARADO	260
2.1. Italia.....	263
2.2. España	267
3.- HISPANOAMÉRICA	273
3.1. Argentina	274
3.2. Colombia	277
3.3. Chile	279
4.- LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER	283
4.1. Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	283
4.2. Instrumentos normativos en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos	286

4.3. Comisión Nacional de Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal	292
CONCLUSIONES	295
BIBLIOGRAFIA	300

INTRODUCCION

El derecho tiene múltiples aspectos atractivos, de hecho por sí mismo lo es, en cuanto a lo arraigado en nuestra vida y al formar parte de ella. La investigación realizada en este trabajo responde a ese paradigma ideal de lo que tiene que ser un diálogo fecundo con los juristas preocupados con los problemas relativos a las pruebas en el proceso y en especial, con los jueces quienes tienen una facultad sobresaliente en este tema y que por diversas cuestiones tienen olvidadas las *diligencias para mejor proveer* y no porque dicha facultad sea ilícita, inconstitucional o viole el principio de igualdad, sino por la deplorable calidad de las prácticas en que se expresan y por los resultados que necesariamente conduce llevar a la práctica la aplicación de dicha facultad.

La prueba es el factor determinante para obtener el fin que las partes tienen en un proceso, ya sea el de que se declaren procedentes las pretensiones que siguen en el juicio o bien, las excepciones y defensas que una de las partes opuso en el mismo. En la actualidad, en el ámbito procesal, la mayoría de los juicios se resuelven con base a las pruebas que aportan las partes durante el proceso, pues éstas tienen como finalidad producir un estado de certeza ante el juzgador y, como consecuencia de esto, resuelve exponiendo las razones jurídicas por las cuales acepta o no las pruebas y el valor que a cada una de ellas les otorgó.

La finalidad de la prueba no es otra cosa más que probar los hechos en los que se basa el caso concreto, es decir, probar las conductas y hechos jurídicos que producen consecuencias de derecho, lo que implica a todas luces que las partes actúen para llegar a su fin; sin embargo, el juzgador a fin de

resolver de una manera equitativa e imparcial el conflicto que se le plantea, pero totalmente apegado a la realidad de los hechos, puede ordenar la recepción y práctica de pruebas que no fueron ofrecidas por las partes, que no es otra cosa más que ejercer lo que se denomina como *diligencias o prueba para mejor proveer*, y que se resume como la facultad indagatoria del juzgador para llegar a un estado de certidumbre que le permita resolver de mejor manera.

El objeto del trabajo representa una investigación más en orden a la consideración de las facultades que corresponden o deben corresponder al órgano jurisdiccional en el desarrollo del proceso a fin de que, ponderándolas adecuadamente, se pueda encontrar ese justo equilibrio entre las tendencias diferenciadas por el predominio de los principios dispositivos y de oficialidad.

Las diligencias para mejor proveer constituyen el instrumento procesal mediante el cual se permite al juzgador una cierta iniciativa probatoria ex officio al final del proceso, justo antes de dictar sentencia. Se trata de una institución genuinamente hispánica, que se encuentra regulada en el artículo 279 de la Ley de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y los artículos 598 y 599 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Lo que se pretende con este estudio es poner de manifiesto las divergencias existentes entre el marco normativo de las diligencias para mejor proveer (el deber ser) y el uso que los juzgadores le dan a dicha facultad para resolver con mayor apego a la verdad un juicio (el ser). Cuando se inicia el estudio de estas diligencias sorprende su configuración legal y el olvido de dicha facultad, por parte del juzgador.

Las diligencias para mejor resolver, también conocidas como prueba para mejor proveer, pueden definirse como: aquellas diligencias probatorias establecidas en la ley y que puede decretar de oficio por el tribunal, luego de dictada la resolución de citación para oír sentencia, con el fin de acreditar o esclarecer alguno de los hechos que configuran el conflicto, para la adecuada y justa decisión de éste.

Las medidas para mejor proveer vistas de manera doctrinal, no han tenido una amplia aceptación o aprobación, no sólo por estimar que se rompe un principio fundamental como lo es la heterocomposición, donde un tercero tiene la facultad de imponer la solución a un conflicto que se manifiesta en un litigio, iniciado por las partes, y este tercero tiene que ser imparcial e independiente, viéndose así afectado la noción del debido proceso, ya que es el juez, en el fondo el que viene o entra a suplir una deficiencia probatoria en que incurrió o pudieran llegar a incurrir las partes. Y así en este afán por lograr la justicia y verdad real en todos los casos (un mito respecto del cuál la mayoría de la doctrina procesal latinoamericana aún no logra desprenderse) lleva a que el juez asuma unas tareas que ni le corresponden ni son convenientes que las asuma.

Su fundamento, por otra parte, al consagrarse en términos amplios, radica en considerar que no existen procesos totalmente privados, sino por el contrario en todo proceso va envuelto un interés social, el cual le concierne al Estado velar por el mismo. Estas medidas tienden a satisfacer no tanto el interés de las partes sino el interés del órgano jurisdiccional, del juez llamado a fallar el asunto, ya que es él, el que está en duda frente a algún medio probatorio, y así lograr una decisión acabada, todo ello, amparadas en una "difusa meta justiciera" lo cual se denomina el "decisionismo judicial".

Lo que no hay duda y de lo que se trata de determinar en el presente trabajo de investigación, es que la situación del juez en el proceso no puede continuar como hasta ahora, pues éste debe dejar de ser ese “sujeto pasivo, privado de poderes e iniciativas para ejercer la jefatura que, como representante de la justicia, debe corresponderle sobre la marcha y el fondo del juicio”. Por otro lado, si el juez como representante del Estado, tiene la obligación de dictar resoluciones al término del proceso, resulta necesario que su decisión, además de ser completamente ajustada a derecho, sea lo más acorde a la realidad y a la verdad de los hechos y, si en realidad el Estado es el administrador de la justicia, sus órganos jurisdiccionales, a través del proceso deben tender a ella, justificando así el aumento de los poderes del juez y la mejor manera de conseguir una resolución judicial justa es procurar que ésta sea un fiel reflejo de la contienda que se le dio a conocer y de la cual se le solicitó su intervención a fin de que se le diera, judicialmente, un derecho a quien en realidad lo tiene y una obligación a quien la merece, pero siempre apegada a la verdad.

En estas resumidas ideas, la presente investigación tiene como principal objetivo indagar sobre las facultades que a los jueces y tribunales les competen, según la doctrina y también conforme a la propia ley, con la finalidad de examinar las diligencias para mejor proveer desde el ángulo visual contrario, esto es, como manifestación de la potestad jurisdiccional a través de lo que denomina penetración inquisitiva en el dispositivo, así como su procedencia en el actual sistema procesal civil, cuales son, en qué términos se consagran, su constitucionalidad y relación con el debido proceso, y la posibilidad de regularlas debidamente para su aplicación, serán los temas que se desarrollarán a lo largo de este trabajo.

Creo no equivocarme si digo que en este trabajo, quien se interese por la epistemología del juicio y sus implicaciones, puede hallar una estimulante forma de aproximación a algunos de sus aspectos de mayor interés, en este caso, en lo relativo a las pruebas y en específico a las diligencias para mejor proveer, que se encuentran consagradas en la Constitución y en las Leyes Procesales Civiles, tanto federal como local, así como una útil herramienta de trabajo.

MARCO JURIDICO

En la actualidad, resulta de interés público hacer justicia y, el único medio social, ético y jurídico aceptable para llegar a ese fin es el descubrir la verdad y, toda vez que el juzgador se encuentra investido de facultades y poderes jurisdiccionales de orden público para que de manera oficiosa realice una indagación de la verdad de los hechos controvertidos, en el proceso judicial, en miras a un interés superior de justicia, sin atender si suple o no la inactividad voluntaria o involuntaria de las partes.

De fundamentarse debidamente la actuación oficiosa del juzgador en uso de las facultades que le confiere el legislador y que se encuentran consagradas en los artículos 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y los artículos 598 y 599 del Código Federal de Procedimientos Civiles, no se vulneran los derechos constitucionales del gobernado; sin embargo, al existir un total desuso de ésta, me lleva a sostener que en nuestro derecho y, principalmente en el ámbito procesal, necesitamos a un juzgador que no sea solamente un árbitro que se encargue de contar los aciertos y los errores de cada una de las partes y que se cumpla con las reglas del juego, por lo que resulta urgente un cambio de mentalidad de los juristas en el sentido de que resulta necesario que en los juicios, los juzgadores hagan uso pleno de su facultad y se hagan llegar de pruebas conducentes, fuera de la oportunidad legal, respetando el principio de control y bilateralidad, dejando a un lado la idea exclusiva de confiar únicamente en la iniciativa de las partes de suministrar la prueba necesaria para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, la generalidad de las leyes procesales, las cuales fielmente adheridas al principio dispositivo, admiten en mayor o menor medida que el material probatorio exhibido en el proceso por las partes se complemente con la propia iniciativa del órgano judicial.

Desde el punto de vista jurídico, resulta ilógico que el Juez carezca de poder necesario y suficiente para llevar a la verdad cualquier hecho en el que haya percibido la necesidad de una prueba, pues es claro que la Sentencia debe ser siempre la expresión de la verdad y de la justicia y si la primera no se ha esclarecido dentro del juicio, la segunda no se podrá dar pues la resolución que se dicte no estará apegada a la verdad y por ende sería injusta.

Ahora bien, si los hechos aducidos por las partes no logran la convicción del juez es éste quien precisamente puede ordenar de oficio algún medio probatorio para lo cual, resulta necesario que existan constancias en los autos del juicio algún antecedente o presunción de verdad a favor del hecho que deba esclarecer. Es por ello que podemos decir que una de las excepciones a la llamada pasividad del juez se encuentra en las diligencias probatorias para mejor proveer.

Lo que el legislador trató de hacer al otorgar la facultad contenida en los artículos 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y los artículos 598 y 599 del Código Federal de Procedimientos Civiles, es el procurar hacer del procedimiento de pruebas un instrumento más apto para el acercamiento a la verdad con una imparcialidad que debe mantener el juzgador para no caer en prejujamiento que terminen beneficiando a una sola de las partes y en perjuicio de la otra, sino que se trata de la legítima defensa de un modelo de un juez más inquisitivo.

No se trata de que por un viejo prejuicio legal hacia el juez o, a fin de hacer más cómoda y menos esforzada su tarea, el juez deba estar atado a lo que las partes le señalen y exhiban, sino de lo que se trata es de que, por una parte y dicho de manera expresa, los hechos son de las partes y no del juez o, desde luego, cuando rige el principio dispositivo sin más de las partes que del juez y, por

otra parte, el juzgado no debe ayudar a las partes de suerte que se favorezcan aún en detrimento de la otra como si al tribunal le correspondiera desempeñar también el oficio del abogado. En el proceso civil regido por el principio dispositivo y de aportación de parte, está verdaderamente implicada la libertad de los sujetos jurídicos respecto de lo que es suyo y, constituye un problema, que la libertad con sus inevitables riesgos, se entienda y se acepte, por ende, sería necesario que quienes propugnan atribuir al juez, en todos los procesos civiles, las mayores facultades, incluidas la que cuyo uso sería positivo solo al merced, al cuidado y prudencia, resulta necesario que se analice la realidad de que los jueces no han tenido “tiempo” de usar las facultades otorgadas por ley e incluso no han tenido tiempo de cumplir algunos imperativos legales.

Para finalizar, cabe destacar que el uso de la facultad que los jueces tienen para mandar practicar diligencias probatorias para mejor proveer, no es anticonstitucional, es decir, no causa agravio alguno a las partes y tampoco entraña alteración a las partes sustantivas del procedimiento; tampoco es obligatoria para los jueces de lo que podemos señalar que, en materia de prueba, ninguna diligencia otorga o confiere derechos definitivos, firmes e irrevocables a ninguna de las partes, pues siempre estarán sujetos a las facultades ilimitadas e irrestrictas que a los jueces les confieren los preceptos legales señalados en párrafos anteriores.

Estas diligencias probatorias para mejor proveer, constituyen una intervención de oficio del órgano jurisdiccional, previstas por la ley para los casos en que la prueba rendida por la iniciativa de los litigantes sea, en concepto del juez, insuficientes o deficiente en su conjunto o en relación con un medio de prueba determinado, es por ello que debemos estar conscientes de que todo ello implica un problema de legalidad y no de justicia.

CAPITULO I

EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO Y LEGISLACIÓN PROCESAL DEL INSTITUTO DE LA PRUEBA

1.- HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL Y DE LA PRUEBA

Los conocimientos de la ciencia del derecho han continuado con su evolución en el mismo orden que las demás áreas que forman parte de la cultura humana, pero en especial los que tienen íntima relación con el orden político y jurídico de cada pueblo del mundo.

El derecho como producto social ha existido en todos los tiempos, pero su forma de protección sobrellevó grandes cambios que se dieron de manera progresiva, ello a medida de que los usos y costumbres de la sociedad evolucionaban y los conceptos jurídicos se desarrollaban a fin de tener un derecho actual, vigente y justo.¹

La evolución en materia procesal se ha marcado en cuatro momentos fundamentales: Autotutela, autocomposición, intervención de un juez privado (mediación y conciliación) y la heterocomposición de un juez público, figuras que a continuación analizaremos.

La autotutela o autodefensa es considerada como la forma de solucionar el litigio mediante la autosatisfacción de la pretensión sin que intervenga un tercero con finalidades compositivas. Es importante distinguir la autotutela

¹ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de teoría e historia del proceso*, Jurídica Universitaria, México, Tomo III, 2001, p. 62.

antigua y la autotutela contemporánea. La primera es la que nos lleva a conocer sociedades de pretérita existencia y la forma que tenían para resolver los pleitos y satisfacer sus pretensiones y la segunda, es una defensa o réplica a un ataque precedente, es decir, es la legítima defensa sin intervención de un tercero.²

Por su parte, la autocomposición es el arreglo o terminación de un litigio o controversia que proviene de una o de ambas partes. Es un arreglo pacífico del conflicto por medio de un acuerdo, expreso o tácito, que lo dirima.³

En cuanto a la intervención de un juez privado (tercero), podemos mencionar que dicha figura es intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición, ya que aún y cuando en la solución del conflicto para las partes, existe la intervención de un tercero, las más destacadas e importantes para el tema son: 1).- La mediación, que es un medio o método alternativo de solución de conflictos, siguiendo un camino distinto del proceso jurisdiccional para llegar a un fin, limitándose el mediador a acercar a las partes para que busquen la solución más adecuada al conflicto; 2).- La conciliación, cuya diferencia lo es la intensidad de la intervención del tercero que coadyuva en la solución, pues puede poner fórmulas no obligatorias a las partes.⁴

Finalmente, en la heterocomposición existen dos grandes figuras que tienen a su vez, semejanzas y diferencias, que son el arbitraje y el proceso. En ambas, un tercero tiene facultades decisorias y de imposición de la resolución que pone fin al litigio; en el arbitraje privado, la solución proviene de un árbitro, y por el otro lado la sentencia mediante la cual se soluciona el litigio, emana de una

² SAID RAMÍREZ, Alberto, et. al., *Teoría general del proceso*, IURE Editores, México, 2006, p. 20-42.

³ Ídem.

⁴ Ídem.

autoridad judicial, es decir, las resoluciones de las controversias dependen de un tercero ajeno al juicio o al procedimiento.⁵

En los primeros tiempos de la historia del derecho, la defensa que existía era exclusivamente privada, en la cual la fuerza era un factor determinante en el desarrollo y conclusión de ésta; con el paso del tiempo, se dio una consolidación en torno a la familia la cual dio lugar a la solución de querellas y conciliaciones en las que, en caso de que la desavenencia no llegara a alguna solución, la misma era sometida a decisión de terceras personas (*ex aequo et bono*) quienes fungían como un jurado y tenían la función y la facultad de dirimir el conflicto existente y si el condenado se negaba a cumplir con lo resuelto por ese jurado, se aplicaba necesariamente el uso de la fuerza. A este hecho Hugo Alsina señala: “...por eso cuando aparecieron los primeros núcleos sociales por la agrupación de familias, fue natural que para mantener la tranquilidad en ellos, se atribuyese también la facultad de administrar justicia a quien en calidad de jefe se había conferido la dirección militar y política.”⁶

En virtud de que la justicia quedaba en las manos de particulares, sin que existiera algún representante público y de acuerdo a la evolución del derecho, se da una sustitución necesaria de la actividad individual por parte del Estado y, en el momento en que éste impone su autoridad, los intereses individuales pasan a ser una función eminentemente pública, limitándose la defensa privada por tanto, el derecho se transformó en norma legal y con la intervención del Estado, es indispensable para interpretar debidamente y hacer efectivo el derecho. Tal evolución que ha dejado rastros importantes en nuestro derecho actual y conforme

⁵ Ídem.

⁶ ALSINA, Hugo, *Fundamentos de derecho procesal*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, p. 4.

el tiempo y la historia avance, los mismos darán sustento en el mundo jurídico (doctrina y ley).⁷

1.1 El Período Primitivo

Para tratar de conocer el período primitivo, arqueólogos y juristas han tratado de unir sus conocimientos con la finalidad de llegar a una sola conclusión, ya que no existe una bibliografía jurídico procesal que nos muestre exactamente el derecho de esa época o bien la forma en la que esa civilización dirimía sus controversias, y es precisamente de esos estudios, donde se han obtenido datos fehacientes de los cuales han hecho distintas interpretaciones, algunas veces contradictorias y de ahí es de donde se han establecido las generalidades que hoy día conocemos de dicho período.

El período primitivo, es el más importante del derecho procesal, pues en éste se dan las principales y más importantes bases y fundamentos del mismo, sin embargo es desconcertante percatarse que en relación a este período, el cual se considera como una civilización y cultura rica en todos los sentidos (históricos, sociales, culturales, etc.), no se haya tenido la precaución y la atención de formar una bibliografía jurídico procesal; es decir, de exposiciones procesales, pues solamente se tienen ciertos datos e ideas individuales que muchas veces no tienen relación unas con otras acerca de la justicia y del funcionamiento de ésta en el período primitivo; es decir, no hay la información suficiente que nos pueda permitir apreciar el surgimiento y desarrollo del derecho procesal en esta etapa, en virtud de que no hay nada escrito, es decir, no se cuenta con información completa, lo cual no permite que tengamos una idea vasta de los conceptos y figuras jurídicas

⁷ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto., *Estudios de teoría...*, op. cit., p. 62

que surgieron, su importancia y relevancia en el mundo del derecho, así como la influencia de éstas en las leyes actuales. ⁸

Alcalá Zamora señala diversas obras en las cuales podemos encontrar datos, fechas, nacionalidades y naturaleza del derecho en el período primitivo y nombra los siguientes libros: *“De carácter histórico-religioso: La Biblia; de carácter teatral: Las Avispas de Aristófanes; de índole jurídico-legal: El Código de Hammurabi en Mesopotamia o el Manava-Dharma-Sastra en India; o de índole jurídico-docente: La Instituta de Gayo o de espíritu enciclopédico las Etimologías de San Isidro de Sevilla o bien de sabor anecdótico como la Historia de los Jueces de Córdoba”* ⁹. Sin embargo para el autor, ningún libro va más allá de simples aportaciones difusas o incidentales, en algunas ocasiones extensas y de gran valor que pueden servir de referencia a los jurisconsultos, ya que a su consideración, dichas obras son folletos realizados por algunos alemanes acerca del juicio contra Sócrates, pero no hay nada más.

No obstante a lo anterior y a la escasa bibliografía que existe del período primitivo, cabe destacar a grandes figuras de la época que dejaron importante material para los procesalistas, en relación con la prueba y al ejercicio de la abogacía, por medio de los trabajos realizados sobre la retórica y oratoria, como lo fueron Aristóteles, Cicerón, Séneca y Marco Fabio Quintiliano autor que por medio de su obra “Las Instituciones Oratorias”, en su libro quinto sostiene, de una manera muy particular, que en materia de prueba es necesario manifestar al orador alegar sus pruebas. Primero tratará de las que convienen a todo género de cosas, y después de las que son peculiares de cada una. Asimismo señala que hubo retóricos, y de bastante nombre, que dijeron que al orador sólo tocaba el enseñar,

⁸ Ídem.

⁹ Ídem.

porque la emoción de afectos la destierran ellos por dos razones. Primera, porque toda pasión, dicen, es vicio. Segunda, porque no conviene apartar al juez de la verdad con el movimiento de la misericordia, ira y otras tales: y el deleitar, cuando sólo peroramos para triunfar con la verdad, no sólo es ocioso, sino tal vez indigno del hombre. Pero la mayor parte, dando entrada también a estos dos oficios, dijeron que lo que principalmente debe cuidarse es confirmar nuestro asunto y refutar al contrario. Y manifiesta que en opinión de ellos, el libro quinto de su obra será de singular utilidad; pues en él sólo trata de las pruebas, lo cual también se da la mano con lo que llevamos dicho de las causas judiciales. Porque tanto el exordio como la narración no hacen más que preparar el ánimo del juez para que entienda el estado de la causa; que sin este fin fuera ocioso cuanto hemos hasta aquí prevenido. Finalmente, de las cinco partes que hemos puesto para las oraciones judiciales, habrá ocasión en que alguna no sea precisa; pero no habrá pleito alguno que pueda pasar sin confirmación. Nos parece ahora lo mejor el decir primero lo que sirve para todas las causas, y después lo que cada una tiene de particular, lo que dejó una gran aportación procesal al derecho actual.¹⁰

Asimismo, Quintiliano¹¹ señala: *“Las pruebas unas son tomadas de fuera de la causa, otras de la misma causa. Primero se trata de las primeras. Aristóteles hizo una división de pruebas, comúnmente admitida casi por todos. Es a saber, unas tomadas de fuera de la causa; otras tomadas de ella misma y sacadas como del fondo de la causa. Por donde a las primeras les dan el nombre de inartificiales y de artificiales a las segunda. A las primeras pertenecen los juicios anteriores, la voz común, tormentos, escrituras públicas, juramento y testigos, a las que por la mayor parte se reducen las pruebas de las causas forenses. Pero así como semejantes pruebas carecen de arte, así debe el orador emplear todas sus*

¹⁰ Ídem.

¹¹ QUINTILIANO, Marco Fabio, *Instituciones Oratorias*, traducción de Sandier, Pedro y Rodríguez, Ignacio, Publicado por P. Paez, Universidad de California, 2007, p. 229-300.

fuerzas en ponderarlas y en refutarlas. Y así me parece que se debe desechar la opinión de los que dicen que en ellas no tienen ningún lugar los preceptos: aunque no es mi intención el abarcar en este lugar las opiniones en pro y en contra. Porque no pretendo el tratar por extenso de los lugares oratorios, que ésta sería obra infinita, sino dar alguna idea y noticia de ellos. Los cuales sabidos, debe cada cual hacer lo posible para manejarlos, y a semejanza de ellos discurrir otras pruebas, según lo pida la naturaleza de la causa; porque es imposible el comprender todas las que están ya tratadas, para no hablar de las que pueden ofrecerse.”

En ese sentido, es importante mencionar que la evolución histórica de la prueba, en el campo filosófico, arranca del pensamiento griego a través de la llamada Teoría de los Signos (señales, huellas, vestigios, etc.) en definitiva, en relación a los cuales se constituyó el núcleo de la apariencia retórica.¹²

En este período, resultan de importancia excepcional, las aportaciones aristotélicas, en cuya retórica se incluye la prueba, como una función del discurso, alcanzando una posición central y cuyo tratamiento comprende la teoría de la argumentación.¹³

1.2. Derecho Romano y Germánico

1.2.1. Generalidades

Los estudios comparativos de los diferentes derechos nacionales se facilitan al agruparlos en sistemas jurídicos o familias. El que un derecho

¹² KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica*, traducción de García Bacca, Juan David, Universidad Central, Caracas, 1961, p. 15.

¹³ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, Tomo I, 1968, p.3.

pertenezca a un sistema jurídico determinado depende en muchas ocasiones de sus antecedentes históricos y también son éstos los que permiten su configuración.

Así, tenemos que el sistema romano-germánico está formado según René David, por los “*herederos del derecho romano, cuya evolución han completado*”, aunque no son su copia, “*tanto más cuanto se han incorporado en ellos elementos procedentes de otros derechos*”¹⁴

El sistema romano-germánico nace en las universidades italianas, especialmente en la de Bolonia, cuando a finales del siglo XI, es redescubierto el derecho justiniano, iniciándose así su recepción en la Europa occidental y su estudio e interpretación. Este sistema tuvo su mayor auge en el sector civil europeo, y el mismo se regía por el principio dispositivo, lo que hacía que el proceso fuera exclusivo de las partes y el juzgador, quien únicamente vigilaba el cumplimiento de las reglas previamente establecidas.¹⁵

El derecho del *Corpus Ius Civiles*, junto con el derecho canónico y algunos elementos de los derechos de los pueblos germánicos que, a la caída de Roma, ocuparon los territorios del Imperio romano occidental, conformó un derecho de aplicación general, el *Ius commune*, que estuvo vigente en la mayoría de los países europeos continentales hasta que fue sustituido por un sistema de códigos cuya conformación culminaría en el siglo XIX, en casi todos ellos.¹⁶

Otro principio de este sistema es la oralidad, misma que sustituye la forma escrita establecida en los procesos, pues precisamente lo que se buscaba

¹⁴ DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (derecho comparado)*, traducción de Bravo Gala, Pedro, Editorial Aguilar, Madrid, 1968, p. 10-20.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ídem.

era evitar documentación excesiva y así lograr la inmediación, concentración, valoración de pruebas, dirección judicial y rapidez en el proceso.¹⁷

1.2.2. Los Romanos

El derecho romano es el conjunto de disposiciones jurídicas que rigieron a la comunidad romana desde su fundación (753 A.C.) hasta la muerte del emperador Justiniano (565 D.C.)¹⁸

El proceso en Roma se divide en tres etapas históricas relevantes, que son: a).- La Monarquía, en la que se da el primer desarrollo en las llamadas acciones de la ley; b).- La República, en donde surge el proceso formulario, estas dos etapas se encuentran dentro del orden judicial privado, y c).- El Imperio, en donde se da origen al proceso extraordinario, mismo que se encuentra dentro del orden judicial público.¹⁹

En los primeros tiempos, la Monarquía militar asume la administración de justicia, rodeándola de solemnidades religiosas, que por la persuasión y no por la fuerza, tratan de sustituir la venganza privada, por la pública, en nombre de la cual aplicando el imperium, le permitía al Rey imponer multas, prisión, apaleamiento y hasta pena de muerte, lo que deja muy claro que el Rey era quien ejercía la jurisdicción civil y criminal rudimentaria por la deficiencia de leyes.

20

¹⁷ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto., *Estudios de teoría...*, op. cit., p. 63.

¹⁸ BIALOSTOSKY, Sara, *Panorama del derecho romano*, 2ª. Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, p. 15.

¹⁹ GOMEZ LARA, Cipriano., *Teoría general del proceso*, Editorial Harla, México, 1990, p. 54.

²⁰ Ídem.

En la época del llamado orden judicial privado, existe una marcada tendencia a lo autocompositivo y se le llama de esa manera porque las partes se presentaban ante un funcionario público (juez o magistrado) y le exponían el problema y éste únicamente les daba algunas soluciones que se pudieran aplicar al conflicto, las cuales las partes tenían que llevar a un juez privado, quien era el encargado de resolver de manera definitiva el conflicto. Este orden tiene una gran semejanza a lo que hoy conocemos como arbitraje. Contrario al orden judicial privado, nos encontramos al orden judicial público, en el cual los conflictos que existen entre las partes se presentan ante el funcionario público (juez, magistrado, etc.) quien tiene la obligación de escuchar a las partes, llevar el proceso y dictar sentencia y es aquí, justamente, en donde surgen los procesos jurisdiccionales.²¹

En el derecho romano, no todas las personas tenían capacidad para ser testigos, ya que ni los delincuentes, incapaces, infames o prostitutas, podían deponer en juicio, con ese carácter. Los esclavos podían ser sometidos al tormento y sólo podían declarar a favor de su señor. El tormento se consideraba como medio de prueba y de la confesión; los romanos, también conocieron la prueba documental y la indiciaria, entre otras.²²

No debe olvidarse que en Roma la tradición retórica fue fijada y condicionada por Cicerón, siendo clásica la noción de la prueba como *argumentum*, es decir, "*ratio quae rei dubiae faciat fidem*". Según esta definición, la prueba aparece sobre todo en el aspecto lógico de la argumentación, siendo su ámbito la duda y lo probable; no la evidencia. Hay que decir que esta teoría de lo probable

²¹ *Ibidem.*, p. 55

²² SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 6

implicaba simplemente un criterio, con la finalidad de orientar la investigación, ya que esos principios sólo eran válidos salvo prueba en contrario.²³

Una vez que hemos conocido un poco la historia de este período, es importante que nos adentremos al análisis de los tres surgimientos jurídicos o sistemas procesales que se dieron en cada una de las etapas históricas de Roma.

a).- Las Acciones de la Ley.

Este período del procedimiento es el más antiguo en Roma y correspondió a su fase de inicio en el desarrollo jurídico.

Consideradas como un procedimiento riguroso con semejanza a los rituales religiosos de la época. Cipriano Gómez Lara comenta al respecto: *“Parecen encontrar su fundamento en la Ley de las Doce Tablas: más que una clasificación genuina de acciones o de pretensiones las Acciones de la Ley constituían diversas formas autorizadas de procedimientos con características propias”*²⁴

En el desarrollo de las acciones de la ley, existían ciertos actos y actitudes establecidas en ley, las cuales tenían que ser llevadas y cumplidas por las partes en todos sus términos y un solo error en éstas, era tan grave que el asunto podía perderse contra aquella parte que cometiera el error. Este sistema era sumamente formalista y rígido, por tanto no podía existir y mucho menos se permitía

²³ Ibídem, p. 7 y 8.

²⁴ Ibídem, p. 56.

falla alguna de las partes, ya que ello implicaría un dictado de sentencia diverso a la realidad.²⁵

A estas acciones sólo tenían acceso ciudadanos romanos y patricios, es decir, gente con cierto rango en la sociedad romana y estaba muy ligado a la religión, por tanto, al mismo no podían acceder plebeyos, extranjeros y peregrinos.

El procedimiento iniciaba cuando el actor invitaba al demandado a presentarse ante el magistrado *“En el procedimiento de las legislaciones, el actor citaba personalmente a juicio (in ius vocatio) al demandado y, éste, estaba obligado a acompañarlo ante la presencia del magistrado...”*²⁶

*“Las partes se comprometían mediante un acto que se llamaba vandimoniun a comparecer el día y hora señalados por ellos para el juicio, ante el juez o jurado”*²⁷

El procedimiento de las acciones de la ley se inspiraba en las elementales exigencias de un pueblo primitivo. Era en efecto un sistema procesal formalista y riguroso, a tal grado que el más ligero error cometido durante el juicio suponía la pérdida del mismo. *“En el proceso de las acciones de la ley, cada parte tenía que recitar toda una letanía, rigurosamente prefijada. En el teatro de la justicia, los papeles estaban exactamente prescritos y, el actor que representaba mal su papel en el foro, era sancionado con la pérdida del proceso y, además, del*

²⁵ Ídem.

²⁶ SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*, Traducción de Sentís Melendo, Santiago y Ayerra Rendín, Mariano, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 150.

²⁷ PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Derecho procesal civil*, Editorial Porrúa, México, 1961, p. 30.

posible derecho cuya eficacia había tratado de obtener mediante una actuación procesal.”²⁸

Las acciones de la ley eran realmente formas procesales expresamente reguladas por la ley y correspondían a litigios concretos, sin que existiera, al menos con carácter absoluto, un procedimiento general para las reclamaciones judiciales.

Diversos autores procesalistas han señalado que las acciones de la ley se subdividen en cinco y son:

“1).- *Legis actio sacramento*, era una especie de apuesta y el perdedor tenía que pagar, lo que se empleaba a gastos de culto. Las partes acudían ante el juez para que hiciera un examen de las pruebas y alegatos, en un solo día, al final del cual se limitaba a indicar quien había ganado la apuesta.”²⁹

2).- *Legis actio per iudicis postulationem*, su principal objetivo era que a petición de parte, el pretor, nombraba a un juez para que llevara a cabo el proceso. Con esta acción, las partes se limitaban a solicitar al magistrado que les nombrara un juez o un árbitro. Sólo operaba en los casos establecidos en la ley que según Gayo, eran cuando se trataba de reclamar lo debido por un contrato verbal solemne (*stipulatio*); para la división de una herencia y para pedir la división de un bien común.³⁰

3).- *Legis actio per conditionem*, las partes acudían con el pretor a manifestar su pretensión y su defensa y si había negativa del demandado sobre la pretensión reclamada, se le emplazaba para

²⁸ FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El derecho privado romano*, Editorial Esfinge, México, 1977, p. 146.

²⁹ BIALOSTOSKY, Sara, op. cit., p. 67.

³⁰ *Ibidem*, p. 68.

que en treinta días comparecieran ante el juez a dirimir su controversia. En un principio, era aplicable solamente a las obligaciones pecuniarias y no a las obligaciones reales. Posteriormente, la *Ley Calpurnia* extendió esta acción a las obligaciones que tuvieran por objeto una cosa determinada que no fuera una suma de dinero.³¹

4).- *Legis actio per manus iniectioem*, es una acción meramente personal, se ejercitaba sobre la persona del deudor, a quien se le hacía comparecer ante el magistrado y se lograba una prisión particular por deudas de carácter privado y quien se encontraba sometido a ésta, podía llegar a ser sometido a la esclavitud. Era un procedimiento ejecutivo que se aplicaba directamente en la persona del demandado. Es la más antigua de todas las acciones y revela aún el sistema de la venganza privada. Por medio de esta acción el actor solicita se le permita ejercer sus derechos sobre la cosa, medida que solo se otorga en el caso de que el demandado hubiera sido previamente juzgado y declarado culpable. Este régimen rigorista fue atenuado en la práctica hasta llegar a la *Ley Poetilla Papiria* que prohibía la esclavitud por deudas y permitía a los deudores que rescataran su libertad pagando la deuda con su propio trabajo.³²

5).- *Per pignoris copionem*, a diferencia de la acción anterior, esta es una acción sobre cosas y era la constitución de una garantía de crédito; se menciona que ésta es el antecedente de la prenda y del embargo actual, solo que en la antigüedad, la cosa era retenida hasta el momento del pago y, en ocasiones, cuando no se llegaba a liquidar el adeudo, se destruía el bien.³³ Esta acción fue franquadora de la ejecución de las sentencias declarativas, pero a contrario sensu de la *manus iniectio*, no se ejercitaba sobre la persona del deudor sino sobre los bienes de éste.

³¹ Ídem.

³² Ídem.

³³ GOMEZ LARA, Cipriano., *Teoría...*, op. cit., p. 56-57.

Así las cosas, podemos señalar que las tres primeras acciones eran, en realidad, formas procesales declarativas, pues tenían por objeto obtener una declaración de derecho y, las dos últimas, eran acciones ejecutivas, por cuanto consistían en medios de ejecución de las sentencias obtenidas por medio de las tres acciones anteriores.³⁴

b).- Procedimiento Formulario.

El viejo procedimiento de las acciones de la ley, constreñido por formulismos y expresivo de una etapa de insipiente de la organización política, fue cediendo a paso lento, un procedimiento mucho más amplio, dinámico y reflejo de las nuevas condiciones sociales a que arribaba Roma durante la República.

Con el crecimiento de Roma, fue necesario crear nuevos sistemas judiciales para la solución de conflictos a los cuales pudieran tener acceso todos los ciudadanos romanos, incluso plebeyos y extranjeros, por lo que se vieron en la necesidad de crear la figura jurídica del magistrado (*pretor peregrini*) y, paralelamente, crear el procedimiento formulario el cual, de manera más pronta, resolvía los conflictos sin necesidad de sujetarse a las acciones de la ley.³⁵

El período formulario coincide con la época de oro del Derecho Civil Romano, en donde el fundamento del proceso lo es la “*fórmula*” que se resumía en una instrucción escrita por medio de la cual el magistrado nombra al juez y, paralelamente, fija los elementos que fundan el juicio dándole un parámetro determinado al juzgador para condenar o absolver en la sentencia.³⁶

³⁴ Ídem.

³⁵ Ibídem, p. 57.

³⁶ Ídem.

El nuevo sistema procesal se denominó formulario en virtud de que el magistrado, en la *litis contestatio*, en lugar de dejar constancia de los términos del debate únicamente con la declaración de los testigos llamados, redactaba un documento llamado fórmula en el que recogía los términos del litigio y designaba al juez.

En este sistema el magistrado llevaba la dirección del proceso e indicaba a cada parte sus derechos y deberes procesales. Las partes manifestaban libremente sus pretensiones y el magistrado, fundándose en esa libre exposición concedía la fórmula. Este proceso estaba dividido en dos instancias: *in iure* y *apud iudicem*.³⁷

Cuando la fórmula era aceptada por las partes, concluía el procedimiento *in iure*, y este se llamaba *litis contestatio*; después las partes se presentaban ante el juez iniciando con ello el procedimiento *apud iudicem*, en donde el juez escuchaba a las partes, evaluaba las pruebas ofrecidas por ellas y dictaba la sentencia.

Las partes fundamentales de la fórmula eran las siguientes:

“1.- *Intentio*.- Que no era otra cosa más que la exposición de la demanda. Es la parte de la fórmula en la cual el actor refleja su deseo, o sea, que es en ella donde se plantea la cuestión litigiosa.

³⁷ FLORIS MARGADANT, Guillermo, op. cit., p. 162.

2.- *Demonstratio*.- Enuncia el hecho constitutivo de la litis. Era la relación de los hechos, exposición de la cuestión fáctica sobre la que giraba el debate.

3.- *Adjudicatio*.- Es la potestad por medio de la cual el juez atribuye la cosa o sus derechos a alguna de las partes. A través de ellas se otorgaba al juez la facultad de adjudicar la cosa a uno de los contendientes. Esta parte de la fórmula sólo procedía cuando se litigaba, precisamente, sobre bienes y no cuando se discutía la simple declaración de un derecho o la ejecución de una obra.

4.- *Condenatio*.- Es la resolución final, la sentencia.³⁸ A través de ésta, el magistrado confería al juez designado la facultad de condenar o de absolver, es decir, le transfería o delegaba sus facultades jurisdiccionales.

Conforme se desarrolla este procedimiento y el derecho romano toma mayor relieve e importancia en su época, *la fórmula* se enriquecía con más elementos jurídicos que poco a poco se fueron introduciendo como lo son la prescripción y las excepciones procesales.³⁹

Podemos considerar que ni en el sistema de las acciones de la ley ni en el proceso formulario existen referencias de las diligencias para mejor proveer, toda vez que ni el magistrado ni el juez, en ningún momento las ordenan; sin embargo, sí las encontramos en el proceso extraordinario como veremos a continuación.

³⁸ GOMEZ LARA, Cipriano., *Teoría...*, op. cit., p. 57.

³⁹ *Ibíd.*, p. 58.

c.- Proceso Extraordinario.

El proceso formulario se vio rebasado plenamente a mediados del siglo II A.C., vencido por un nuevo procedimiento que se llamó *cognitio extraordinario*. El nuevo sistema procesal se enderezaba fundamentalmente a liquidar los viejos rasgos de la justicia privada, concediendo a la función jurisdiccional cada vez más un pleno carácter de función pública. Desaparece la doble instancia que contenía una amplia esfera de individualismo en el procedimiento.⁴⁰

La opinión más extendida sobre su origen se encuentra en la práctica misma del procedimiento formulario. En efecto, en algunos casos especiales, en que intervenía directamente el interés público o estatal, el magistrado no nombraba un juez, sino que el mismo continuaba el juicio y dictaba la sentencia. Sin duda que, poco a poco fueron ampliando su efectividad y, como hemos señalado, ya en el siglo II A.C., dominaba plenamente, sobre el proceso anterior.⁴¹

Considerado por diversos procesalistas como una manifestación del orden judicial público. Su principal característica es que todo el proceso se hace ante una sola figura jurídica que es un funcionario público (magistrado o juez) y no ante dos, como sucedía en los procesos anteriores.⁴²

El derecho romano por ser de carácter procesal, ha servido de fundamento a los progresos de nuestra ciencia. No se limitaba aquella legislación

⁴⁰ FLORIS MARGADANT, Guillermo, op. cit. p. 162.

⁴¹ GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría...*, op. cit., p. 58.

⁴² Ídem.

a proteger intereses, sino que establecía al mismo tiempo, los medios de conseguir su eficacia, aun contra la voluntad del obligado.

El desarrollo del procedimiento era el siguiente:

La notificación al demandado, no la hace sólo el demandante, sino que la realiza el magistrado por medio de un actuario quien le entregaba una copia de la demanda. Desde la fecha de la notificación hasta la de comparecencia del demandado ante el magistrado debían transcurrir por lo menos diez días; Justiniano extendió el plazo a veinte.

El proceso se iniciaba con la presencia de las partes ante el magistrado. Ambos, actor y demandado, debían prestar garantías; el primero de que continuaría el juicio hasta el final y, el segundo, de que no dejaría de asistir. Si el demandado no comparecía, el juicio se seguía en rebeldía y en perjuicio suyo. Cuando el demandado contestaba, podía no solo negar la demanda sino que, podía también reconvenir al actor, es decir, alegar contra él todas sus reclamaciones legales.

Respecto de las pruebas, el magistrado se veía limitado en lo que se refiere al orden de prelación de los medios de prueba y a la apreciación que de ellos debía hacer. En este sistema aparece por primera vez en el derecho romano la prueba para mejor proveer, ya que el magistrado podía por iniciativa propia solicitar otros medios de prueba si lo juzgaba necesario.⁴³

⁴³ BIALOSTOSKY, Sara, op. cit., p. 76

El proceso terminaba con la sentencia que, al contrario de los sistemas anteriores, era escrita en este proceso extraordinario. Además, la sentencia se leía por el magistrado a las partes y se anotaba en los registros correspondientes, debidamente firmados por el juez.

En general, la sentencia podía ser absolutoria o condenatoria, sin embargo, cuando se hizo normal la reconvencción del demandado, la sentencia podía ser doble, esto es, absolutoria en cuanto a una demanda y condenatoria a la otra.⁴⁴

1.2.3. Los Germanos

El derecho germánico es el más representativo en la etapa de desarrollo de la cultura jurídica europea cuyas fuentes comprenden desde el siglo I A.C. con el Comentario de la Guerra de las Galias de César y el siglo II D.C. con la Germania de Tácito y hasta el siglo VIII D.C. Al derecho romano se suele contraponer el de los pueblos germánicos.⁴⁵ Se denomina derecho germánico al conjunto de normas por las que se regían los pueblos bárbaros que invadieron el imperio romano de occidente, era un derecho más primitivo que el romano, típico de poblaciones seminómadas, con una idea de la propiedad muy restringida. El proceso, en este derecho, se caracteriza por su publicidad frente a la tendencia privatista del derecho romano, es decir, predominan los intereses colectivos frente a los del individuo en particular. El procedimiento era público en las asambleas, fueran generales o particulares. Tanto la demanda, la contestación y las pruebas se proponían de viva voz.

⁴⁴ FLORIS MARGADANT, Guillermo, op. cit., p. 490.

⁴⁵ MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, traducción Sentís Melendo, Santiago, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 25.

Generalmente, se les imputa a los germanos la decadencia del imperio romano, con apoyo del cristianismo y las invasiones bárbaras. Los germanos representan un verdadero retroceso a los duelos o *faidas* (*masacres*) primitivos, que hicieron necesaria la intervención nacional por medio de asambleas, que sentenciaban indistintamente los pleitos y las causas, hasta que nombraron *escabinos* (magistrados) para la administración de justicia.⁴⁶

La irrupción del germanismo determinó diferencias profundas con el sistema romano de la prueba. Como dice Chiovenda,⁴⁷ el derecho germánico concibió el proceso inicialmente como un medio de pacificación social. No se trataba propiamente de dilucidar una contienda, interesaba más dirimirla. La solución del proceso se hizo depender no del convencimiento del juez sino por lo regular del resultado de un ritualismo y de unas solemnidades en las que la prueba descubre la voluntad de un ente superior e imparcial.

Los germanos se gobernaban por reyes elegidos entre la nobleza, en las juntas o congregaciones generales; sin embargo, no tenían leyes escritas, ni tribunales fijos, por lo que el poder judicial residía en sus asambleas populares, las cuales juzgaban el hecho y aplicaban el derecho. Estas juntas se celebraban todos los meses, en donde los negocios de poca importancia se decidían por los principales. De igual manera, para la decisión de los asuntos graves, se reunían y votaba todo el pueblo con igualdad de voz y voto y, sólo los sacerdotes podían imponer silencio.⁴⁸

⁴⁶ GOMEZ LARA, Cipriano., *Teoría...*, op. cit., p. 60.

⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios del derecho procesal*, traducción del Prof. Casáis y Santaló José, Editorial Reus, Madrid, Vol. I, 1925, p. 1.

⁴⁸ CERVANTES MARTINEZ, Daniel, *La oralidad y la inmediatez en la práctica procesal mexicana*, Ángel Editor, México, 2000, p. 59-61.

Más adelante y divididos los germanos en varias poblaciones, se reorganizó el sistema judicial por lo que se reemplazaron los antiguos jefes por magistrados y a quienes se les daba el título de Condes. Asimismo, las nuevas asambleas se hacían llamar *placita minora*, para distinguirse de las que existían en el sistema más antiguo que se llamaba *placita majora*. A su vez, cada condado se subdividía en demarcaciones llamadas *decanias*, *centenas*, *tyuphondias* u otra denominación.⁴⁹

En el procedimiento alemán, existía una asamblea de los pueblos llamada *Ding*, en la que el Juez solo ejercía su función como mero investigador del derecho y, de igual manera, dirigía los juicios que se le presentaran. La resolución que se dictaba en alguna controversia era pronunciada por la asamblea a la que le recaer un mandato del juez. El proceso es común, es decir, aplicable tanto para asuntos civiles, como penales y la finalidad era obtener la reparación del daño, ya se de común acuerdo o mediante la coerción del pago mediante una sanción pecuniaria.⁵⁰ Aquí, la prueba no se dirige al juzgador sino a la contraparte y el juzgador únicamente la analiza y la valora para estar en posibilidades de dictar su resolución.⁵¹

El procedimiento adoptado en los *placita minora* era sencillo y breve, ya que el demandante citaba a juicio al demandado para que el día que se celebrara la junta o bien, el día señalado por el conde, éste le explicaba la causa de la demanda; entonces el demandado comparecía, era cita por tres veces bajo multa que se repartía entre el conde y el demandante. A dicha citación se le llamaba *admallatio*, la cual debía hacerse en el domicilio del reo; una vez presentado a juicio el demandado, alegaba sus excepciones y defensas, y a ambas partes se les

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ídem.

concedían términos largos para verificar sus pruebas, las cuales consistían, ya en la presentación de testigos, en el juramento prestado por medio de cierto número de *conjuradores* (los conjuradores era una clase de testigos a los que se les calificaba la fe de sus declaraciones y solamente, de acuerdo a lo procesado era el número de testigos que podían declarar, por ello, no se especifica el mismo), o en el combate judicial.⁵²

Con relación a los testigos existían dos especies: *los conjuradores*, y *los sacramentales o compurgadores*. Cuando se presentaban los testigos de la primera clase, se examinaban la mayor o menor fe que merecían sus declaraciones; y cuando comparecían testigos de la segunda, reexaminaban para dar valor a la declaración, si el declarante tenía un interés personal que diera una seguridad suficiente de la verdad o probabilidad de lo que aseguraba.⁵³

Por otro lado, existían diversas pruebas vulgares las cuales eran conocidas con el nombre de juicios de Dios o juicios por excelencia, ordalía, y a las cuales recurrían frecuentemente los germanos, en virtud de la creencia supersticiosa que les dominaba, ya que el ser supremo intervenía en ellas para sostener la inocencia acusada, o para castigar al delincuente cuyo crimen no podía averiguarse. Una vez instruida la causa o el pleito, se pasaba a sentencia, en donde el conde presidía la sesión, resumía los hechos, las alegaciones y el resultado de las pruebas ofrecidas por las partes y exhortaba a los jueces a que fijaran la controversia y dictaran sentencia con arreglo a la ley o jurisprudencia que era aplicable al caso concreto. La ejecución de sentencia incumbía también al conde, a no ser que comprendiera su condena intereses de gran cuantía que afectarían a la nación, pues entonces pertenecía su ejecución a la asamblea general, aunque no

⁵² *Ibíd.*, p. 60 y 61

⁵³ *Ídem.*

existió un verdadero procedimiento ejecutivo, sino por el contrario, estaba instaurada la venganza de sangre y la prenda extra-judicial.⁵⁴

Los medios de prueba en este tipo de procesos son pocos, y el objeto de la prueba, más que de los hechos, son las afirmaciones jurídicas dirigiéndose aquella más bien al adversario que al juez, cuya misión se reduce en declarar quién ha de probar y con qué medio y por ello, la sentencia definitiva es en realidad lo que provee a la prueba que surge a media litis, al contrario de lo que ocurría en Roma, donde aparecían los más diversos medios de prueba dirigidos al juez, con admisión de la contraprueba, generalmente, y con decisión que se producía al final del proceso. Los elementos probatorios más importantes que se utilizaban eran: los testigos y el juramento.⁵⁵

Sin embargo, no es lo mismo el principio romano "*actore non probante reus absolvitur*", que el germánico "*reo non probante actor abtinebit*". El acusado, al no probar, le ocurría exactamente lo contrario que al actor en el derecho romano justiniano y no hay, por consiguiente, identidad en el comportamiento procesal del demandado romano y germánico.⁵⁶ Cuando surgía la sentencia sobre la prueba, ésta determinaba quién debía probar y cuál había sido el objeto de la prueba y cómo debía desenvolverse la controversia, según el éxito de la prueba practicada.

En el mismo sistema germánico, quien aparecía acusado debía probar que la acusación no era verdadera, ya que de lo contrario se le determinaba

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Ídem.

culpable de la causa. Se ha dicho que en el último término, tanto el derecho romano como el germánico, la posición del demandado era siempre la mejor.⁵⁷

Por otra parte, el fuerte sentimiento religioso entre los germanos y el rigor de su religión, eran norma segura que la declaración de los interesados había de ser veraz. De aquí la importancia del juramento. El juicio de Dios respondía al convencimiento de que los dioses no podían, si eran invocados, hacer triunfar sin razón y si la victoria llegaba, era porque la divinidad había proclamado el derecho justo. Para el pueblo germánico la verdad incosteable es aquella que se deriva del juramento y del juicio de Dios, con la consiguiente degradación del órgano judicial, sobre todo después de producida la sentencia sobre la prueba, por haberse establecido las condiciones que habían de determinar el vencimiento y con la consecuencia de que el juez, a partir del instante aquél, podía desaparecer, entrando de nuevo a la comunidad y confundándose con ello.⁵⁸

Es posible que a la afirmación doctrinal de que en el proceso no existen deberes sino cargas, tenga su antecedente en esta época primitiva. Según Goldschmith⁵⁹, el procedimiento germano estaba transido de un sistema de pruebas formales, una de las cuales era el juramento de purificación, en el que se colocaba el demandado en la alternativa de justificarse o sucumbir. La discrepancia se decidía en duelo, empleándose diversas ordalías como la del fuego o hierro candente, el agua hirviendo o fría (las cuales nos reafirman la importancia de la religión en la vida de todo germano). Por lo demás, al juramento aludido se acompañaba generalmente el de otras personas, casi siempre de la misma estirpe,

⁵⁷ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 8.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁹ GOLDSCHMIDT, James, *Principios generales del proceso*, Editorial Jurídica Universitaria, México, Vol. I, 2001, p. 110.

los llamados *conjuradores*, que no eran verdaderos testigos ya que deponían exclusivamente sobre la reputación del demandado.

Mientras en el derecho romano la prueba era utilizada para persuadir al juez, quien generalmente podía valorarla con libertad y con limitaciones que durante el imperio se introdujeron en el proceso germánico, la prueba tenía una finalidad en sí misma y conducía a fijar la sentencia que el juez apenas adoptaba. De este modo era una actividad casi exclusiva de las partes. Surgió así un nuevo concepto de prueba legal, pues estaba sometida a una rigurosa formalidad y sus resultados eran generalmente incontrovertibles; pero no se trata de un sistema legal de pruebas como hoy día entendemos, formado por numerosas reglas contenidas en la ley que no podían existir en esta etapa histórica.⁶⁰

En el derecho germánico ya no se perseguía la verdad real o material, como suele decirse, sino un convencimiento puramente formal; el que resultara del proceso, merced a esos medios artificiales y por lo general absurdos, basados en la creencia de una intervención de la divinidad o en la justicia de Dios para los casos particulares. Así surgieron las ordalías, los duelos judiciales, los juicios de Dios, lo mismo que las pruebas de agua y fuego.⁶¹

Como lo señala Mittermaier⁶², aún y cuando esas prácticas eran verdaderas reglas sobre pruebas que definían la decisión del litigio, puesto que el juez no podía desconocerlas al pronunciar la sentencia.

⁶⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Cárdenas Editor, Buenos Aires, 1981, p. 60.

⁶¹ Ídem.

⁶² MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1959, p. 11.

Jeremy Bentham⁶³ señalaba que los procedimientos eran un juego de azar o escenas de juglería y, en vez de lógicos, existían exorcistas y verdugos; el hombre vigoroso podía defender cien injusticias con el hierro en la mano, los calificaba de “peritaciones divino-legales del pasado.”

Es importante la observación de Mittermaier de que hubo ciudades en las cuales una precoz civilización consiguió muy pronto abandonar las ordalías y los duelos y en donde se infiltraron antes las ideas del derecho romano, los medio de prueba conocidos en éste y el principio de la búsqueda de la verdad real, aun cuando no se llegó a tener doctrina completa. Así, durante mucho tiempo los *escabinos* administraron justicia si tener para sus sentencias más base que la de su personal convicción, orientada por el cumplimiento de las reglas legales. Esta práctica fue un antecedente valiosísimo, que sirvió para la expansión de los principios probatorios del derecho canónico, cuya fuente se encuentra asimismo en el derecho romano.⁶⁴

La influencia canónica posterior, sustituyó todo aquel formalismo por la llamada prueba tasada o tarifada; es decir, la vinculación del juez por reglas generales de prueba, muy probablemente para precaverse contra la arbitrariedad judicial. Por lo demás, conoció el germanismo la llamada teoría subjetiva de la prueba, en la que se hacía depender la condena de un mínimo requisito pre-establecido y la llamada teoría positiva, que vinculaba al juez a un hecho supuesto y comprobado bajo ciertas condiciones.⁶⁵

⁶³ BENTHAM, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*, traducción Osorio Florit, Manuel, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 45.

⁶⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría...*, op. cit., p. 61.

⁶⁵ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit. p. 9.

Con todo lo anterior, podemos concluir este período, señalando las características principales que existieron en el derecho germánico y que son:

a).- El fuerte papel de la costumbre, cuya práctica es la de mayor antigüedad y que fue creada por la propia comunidad.

b).- Se cataloga como un derecho primitivo, ya que sus instituciones tenían un carácter arcaico, pues se trataba de una etapa pre científica, en donde el nivel técnico y científico era precario.

c).- Las instituciones tenían un carácter asociativo, es decir, existía un fuerte espíritu de comunidad, el cual se reflejaba en las instituciones y estructuras jurídicas.

d).- Existía un privilegio tribal, consistente en que el derecho estaba vinculado con la raza y no con la tierra.

e).- El acusado era culpable, salvo prueba en contrario.

f).- La valoración de las pruebas para dictar la sentencia final, correspondía a la divinidad a través de las ordalías.

1.3. La Edad Media

El procedimiento en la Edad Media, se forma como resultado de una combinación del proceso romano y germánico. En esta etapa se conocieron las pruebas típicamente formales a que hemos aludido en esta investigación y,

prescindiendo del fenómeno de la llamada germanización de nuestro derecho medieval frente a la artificiosa romanización de las compilaciones.

Por lo que respecta a las ordalías propiamente dichas, perduraron más tiempo por no estar reservadas a una determinada clase social, y su desaparición fue debida a la influencia canónica y, concretamente, por excomuniones acordadas en los concilios de León de 1288; de Valladolid de 1322 y antes, con carácter general, por el de Letrán de 1215. También se conocieron en España en la Edad Media las clásicas pruebas de testigos, que prestigiadas por la influencia romana y canónica, terminaron por desplazar a las demás, calificadas de “bárbaras” y “vulgares”, y las formas ordinarias del testimonio se desarrollaron *more romano*. Posteriormente, adquiere predominio la prueba documental que en el Fuero Juzgo y las Partidas alcanza gran autoridad e incluso opinión pública⁶⁶.

El desplazamiento de las llamadas pruebas vulgares, que respondía al triunfo del procedimiento inquisitorio sobre el acusatorio, tuvo como contrapartida, el arraigo de otro medio de prueba de la época imperial romana; el tormento. Conocido en el Fuero Juzgo, se le menciona en algunos fueros municipales, pero casi nunca como prueba propiamente dicha. Es en las Partidas donde se regula la institución del tormento procesal, como sombras que vinieran a oscurecer las luces de la recepción romana.⁶⁷

Fue el procedimiento canónico, quien consiguió el abandono de los medios irracionales probatorios y la introducción de la lógica del juicio; claro está, que toda la estructura del procedimiento canónico sería inconcebible si no se piensa en los precedentes romanos, y fue el derecho procesal justinianeo, el que

⁶⁶ *Ibidem*, p.11.

⁶⁷ FIORELLI, Piero, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Editorial Dott A Giuffré, Milano, Vol. II, 1954, p. 146, citado por Pallares Portillo, Eduardo en su obra *Historia del Derecho Procesal Civil Mexicano*.

presentó la base de partida de la ulterior evolución canónica, que el derecho procesal elaboró dentro de una tendencia calificada como lógica de las exclusiones. En donde la lógica de la prueba y de la investigación judicial se encuentra en los textos y de ellos se deduce como el ámbito probatorio aparece rígidamente limitado. La concepción del derecho probatorio en términos de norma de exclusión continúa bajo los canonistas fieles a los principios clásicos de la prueba, manteniéndose el principio de contradicción como insoslayable para la investigación de la verdad, así como la carga de la prueba y la idea de una escala de probabilidades.⁶⁸

En los tratadistas medievales, la teoría de la presunción se elabora enmarcándose en el cuadro las teorías retóricas. Su campo es la duda y la probabilidad, y ofrece al juez un camino lógico para la averiguación de la verdad. Por otra parte, la presunción de aquella época quedó vinculada a la idea de la normalidad y, además, a un principio de economía procesal que viene a significar que no debía probarse todo y que imponía prudencia, ya que la probabilidad contraria no podía quedar excluida. La teoría de la presunción en cuanto a la lógica de la averiguación, permitía adherirse a la verdad más probable, y la presunción se consideró prueba que partía de la verosimilitud. Es por ello que se desecha la asamblea germana llamada *Ding* y se mantienen y le dan mayor importancia a las afirmaciones de derecho.⁶⁹

La idea de escala de probabilidades elaborada en el Medievo, fue la base previa de la teoría de las presunciones y no todas las probabilidades tenían un valor igual; algunas eran preferentes por motivaciones éticas. La probabilidad operaba mejor en el sentido de una presunción de inocencia y el principio de la carga de la prueba era la consecuencia de esta idea de la probabilidad. No es causal, en efecto, que hasta la segunda mitad del siglo XII, no

⁶⁸ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p.12

⁶⁹ *Ibidem*, p. 13.

se formara el principio “*Onus probando incumbit ei qui dicit*”. En cambio, en el derecho germano, como hemos visto, la carga de la prueba no incumbía al demandante, sino al demandado.⁷⁰

La “ciencia” procesal medioeval fue entonces identificada con un capítulo de la dialéctica, y bajo este perfil parece interesante referirse a la estructura y a la teoría dialéctica de las *positiones*, que determinaron la consecuencia de estimar que el momento de la *contradictio* era esencial, a través de la corrección recíproca, la exclusión de las argumentaciones y la valoración de los sentidos como medio de conocimiento.⁷¹

Las *positiones*, desde el punto de vista procesal, fueron un medio de investigación de la verdad. Su fin era la elaboración de pruebas nuevas y complicadas cuestiones, y para construirlas, los doctores medievales se sirvieron de una institución procesal ya existente: el interrogatorio, que se utilizó para probar por medio de contestaciones o respuestas del adversario, y lentamente, a través de un largo proceso, los interrogatorios se transformaron a *positiones* a las que sólo desde el siglo XII se comienza a recurrir, considerándose como acto exclusivo de la parte, no del defensor, y no podían ser **ordenadas de oficio por excluirse la intervención del juez en la cuestión de hecho**. A propósito de las *positiones* se había afirmado, que el testimonio de la parte debía estar limitado a las percepciones, y la doctrina medieval advirtió el complejo problema de desbordar el mundo de la percepción, para pasar a lo que podríamos definir, usando una expresión moderna, al de calificaciones jurídicas, y por eso, el remedio más eficaz contra los posibles errores fue limitar el campo de la admisibilidad de esta prueba. El dato sensible del testimonio aparecía ligado a límites subjetivos, y la crítica de esta prueba tendía a

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ GUILLANI, Giuseppe, *Il Concetto di prova*, contributo alla lógica giuridica, Milán, 1961, p. 4, traducción de Davis Echandía, Hernando, citado en su obra Teoría General de la Prueba judicial.

encontrar la verdad entre el conglomerado de razones e incertidumbres ante nuevas verdades.⁷²

Las *positiones*, por otra parte, simplificaron la carga de la prueba en cuanto permitieron probar por medio de respuestas del adversario. Posteriormente, la desvalorización del juramento hizo que fueran perdiendo las *positiones* su preeminencia y fueron sustituidas progresivamente por *artículos que era el testimonio de los terceros, es decir, llegar a la verdad por medio de las respuestas al interrogatorio que se le formulaba a terceros ajenos al proceso*. Este sistema fue después familiar, y se generalizó en toda ciencia procesal europea. La admisión del mecanismo de las posiciones en la estructura del proceso medieval, permitió la utilización del saber de las partes en un procedimiento de tipo dispositivo, dominado por la iniciativa de aquellas y con la rígida neutralidad del juez, y nótese que hoy, desde el punto de vista teórico al menos, este testimonio de las partes aparece más bien vinculado, en los países donde se admite un proceso que en este aspecto se configura como inquisitivo, habiéndose apuntado el peligro de una “tortura” a las mismas por medio del *interrogatorio*; siendo, por otra parte, bastante claro que el conocimiento a través de testigos fue una elaboración doctrinal que tuvo como precedente precisamente aquel testimonio de la parte (teoría de las posiciones) y ulteriormente de los terceros (teoría de los artículos).⁷³

Por eso en la Edad Media cabe decir que se produjo una construcción unitaria del testimonio, que tuvo en cuenta conjuntamente aquellas informaciones de las partes y de los terceros, a través de las *FIDES (promesas respecto a la palabra dada en cumplimiento a las obligaciones contraídas frente a*

⁷² PRIETO CASTRO, Leonardo, *Estudios y comentarios de derecho procesal civil*, Editorial Reus, Madrid, Vol. I, 1950, p. 195.

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza Della parte nell sistema dell'oralità*, citado por Silva Melero, Valentín en la obra, *La prueba procesal*, op. cit., p. 372,

otra persona; fuerza probatoria dimanante de los negocios jurídicos cuya existencia esta atestiguada por la intervención de la autoridad competente). La estructura misma del mundo social histórico de aquella época aparecía basada sobre el testimonio, entendiéndose la credibilidad como una tendencia natural del hombre. El testimonio en cuanto acto humano de comunicación, implica una distinción entre *textis* y *dictum* (proposición en que se expresa el testimonio). Se situó el centro de atención en el concepto de *FIDES* (*fides públicas que no es otra cosa que la fe pública que se traduce en una fuerza probatoria dimanante de los negocios jurídicos cuya existencia está atestiguada por la intervención de la autoridad competente*) naturalmente en relación a la credibilidad que pueden ofrecer diferentes personas. Por eso, en el caso de duda, de *FIDES* incierta, se consideró que el remedio más eficaz es la exclusión (*audiendi non sunt*). Por lo demás, posteriormente, fue aceptado el conocimiento de la verdad probable en contraposición de la verdad necesaria, de elaboración medieval, y se comprende que en la reconstrucción judicial del hecho se precisaba renunciar a la verdad, sin que existiera, para usar un lenguaje moderno, una verdad material al lado de una verdad formal. Una simple verdad judicial que se obtiene en virtud del procedimiento de investigación basada en la prueba.⁷⁴

La reconstrucción judicial del hecho apareció a los doctores medievales, nutridos de estudios lógicos y dialécticos, cómo un aspecto particular del estudio de las razones puras, siempre en relación al problema del conocimiento a través de los testimonios. En tales reconstrucciones, la investigación fue estimada como un análisis de proposiciones probables y la probabilidad fue considerada en relación a un evento único, no a una serie de posibilidades. Se trata de un tipo de conocimiento con un sentido de desconfianza hacia lo que se calificó *gárrula dialéctica*. En la base del testimonio y como fundamento del mismo, estaban los sentidos y percepciones, ya que testimonio no significa otra cosa que comunicar las

⁷⁴ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 16.

propias percepciones.⁷⁵ Una vez que se afinaban las cuestiones que son materia propia de la controversia se recibe el pleito a prueba con la circunstancia de que rige una teoría probatoria legal o formal, es decir, reglas determinadas para la apreciación de las pruebas; la sentencia definitiva puede ser impugnada como sentencia *inicua (injusta)* o por vicios en el procedimiento mediante la *questa* de nulidad.⁷⁶

Los tratadistas del medievo, en cuanto percibieron la conexión del conocimiento a través de testimonios en su relación con los sentidos, mantuvieron su fe en el principio aristotélico, según el cual, el juicio del intelecto sobre la naturaleza de los estímulos, está tanto más sujeto al error cuando más se aleja de la propia sensorialidad y, por ello, advirtieron la necesidad, tanto de que el testimonio se limitara rígidamente a las sensaciones, como a que la prueba testifical fuese objeto de un juicio crítico por parte del juez.⁷⁷

En cuanto a la verdad con relación a la prueba, hay que tener en cuenta que los sentidos no son causa del conocimiento de las cosas, sin ocasión. Por “causas” hay que entender las razones y las circunstancias que justifican las afirmaciones. En la Edad Media era rígido el criterio de exclusión de todo aquello que podía adulterar la percepción del testigo; es decir, que se mantuvo pura la distinción entre hechos procesales y hechos que se deducen de aquéllos, y que no son el resultado de una percepción, sino de un juicio que por tal motivo quedaba excluido del testimonio. En cuanto a las presunciones, si eran jurídicas producían la consecuencia de liberar la carga de la prueba, y las demás se consideraban también como indicios.⁷⁸

⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, Editorial Harla, México, Vol. VI, 1997, p. 87.

⁷⁶ www.scielo.com.ch.

⁷⁷ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 17.

⁷⁸ FIORELLI, Piero, op. cit., p. 205.

Por lo que se refiere al principio según el cual el juez debía juzgar de acuerdo a lo “alegado y probado”, se dice que surgió en la escuela de Bolonia y que después de muchas controversias se estableció definitivamente. El interés por la verdad subsistía y, cuando aquel postulado no producía el resultado previsto, el juez usaba de oficio medios inquisitivos, con los que puede decirse que ambos sistemas judiciales coincidían, tanto en el proceso civil como en el penal, como lo revela que en relación a la tortura hubo jurista que llegó a sostener que era medio necesario para obtener la verdad no sólo en causas criminales, sino también en las calificadas “pecuniarias”.⁷⁹

La especulación medieval parecía ignorar la autonomía de los hechos, y la cuestión de hecho vivía sin separarse de la jurídica. El juicio sobre la relevancia de la prueba ocupaba un lugar primordial en la lógica de la decisión, y tal juicio era como un límite entre el mundo de las percepciones, y el de las calificaciones jurídicas. Los presupuestos de la separación entre las dos cuestiones deben buscarse en la especulación que llega a escindir y distinguir la tesis de la hipótesis. La búsqueda del hecho comenzó entonces a aparecer como operación técnica, y el razonamiento judicial fue configurado como un silogismo. Así se fue preparando la vía para introducir en el derecho el concepto moderno de la prueba que aparece vinculado a los métodos de la investigación empírica.⁸⁰

1.4. Derecho Anglo Sajón

Por lo que se refiere al derecho anglo sajón, si en el continente, a partir del siglo XIV, reprodujo un alejamiento progresivo de las técnicas de la *ratio artificiales*, los juristas ingleses no fueron insensibles a las pretensiones de la razón natural contenidas en la obra de Hobbes. El derecho probatorio (*law of evidence*),

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ GUILLIANI, Giuseppe, op. cit., p. 223.

concebido como un sistema de normas de exclusión, es el resultado de un ordenamiento jurídico particular ligado a la distinción entre jurados y jueces y muchas de sus reglas están en conexión con la institución del jurado que aparece en el siglo XIII, abandonándose a partir de entonces el antiguo procedimiento basado en los juicios de Dios.⁸¹

Originalmente, aquellos jurados, combinaban la función de los actuales con la de los testigos, pudiendo formar la libre convicción sobre las bases de pruebas recogidas fuera del proceso. Estructuralmente, es diferente el sistema continental al anglo sajón, ya que en aquél el juez mismo juzga de los hechos, y la diferencia entre los jurados y los jueces togados, como es sabido, son exclusivamente las cuestiones jurídicas, en tanto que los hechos, son el cometido de los jurados. Sucesivamente aparece, en el derecho anglo sajón, la separación y diferenciación del jurado y de los testimonios, y una vez que éstos fueron admitidos, aquéllos decidían ya no sobre la base del conocimiento Procopio, con lo que el testimonio representaba entonces la prueba por excelencia y, el término *evidence*, hasta el siglo XVII, significó prueba testifical. A Partir del siglo XVI se fue perfilando en el derecho inglés un rígido sistema de reglas de exclusión, mientras tanto, al mismo tiempo se iba fijando los principios de un sistema procesal basado en la contradicción. En la actualidad se ha llegado a la conclusión de que todo el edificio de la *Law of evidence* fue constituido en los siglos XVII y XVIII, en conexión con la idea de la verdad probable, contrapuesta al conocimiento cierto propio de la matemática y de las ciencias naturales.⁸²

⁸¹ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 20.

⁸² Ídem.

Finalmente y según Guilliani⁸³ la técnica de la *ratio probabilis*, no se debe al influjo exclusivo de Locke, sino que tal técnica hacía tiempo que estaba asimilada en la tradición jurídica inglesa.

Cuando frecuentemente se acostumbra decir que el proceso angloamericano constituye una estructura totalmente única, no teniendo ningún punto en común con los procesos germanos y romanos⁸⁴, la afirmación es solo parcialmente correcta. El proceso de la *Chancery Courts*, el que se estructuró sobre la *equito (equidad)*, fue un hermano gemelo del proceso romano-canónico y en definitiva derivaba de la rama continental⁸⁵. En las *Common Law Courts* sobrevivía el juicio por jurados (*jury-trial*) lo que diferenció del continente. Como característica específica de la cultura jurídica angloamericana se acude frecuentemente a los *writs* como escritos introductorias del proceso y al *law of evidence*, donde los jueces legos se deben proteger de la manipulación de los abogados mediante reglas de admisibilidad de la prueba. Visto esto correctamente no existe originalidad en estos institutos y se puede constatar que son cercanos al sistema continental europeo, sin que ello se afecte el sentimiento propio angloamericano. Los *writes* se desarrollan a partir de la *brevia originalia* de los cancilleres reales y se vinculan muy fuerte con las *lettres de justice* como escritos introductorias propios del proceso del parlamento parisino y ambos se desarrollaron, en sus formas, en base al modelo histórico del procedimiento formulario romano con sus fórmulas y reglas para la demanda⁸⁶ Hoy en día se sabe también que la mayoría de las reglas de admisibilidad de la prueba, como por ejemplo *best evidence* y *harsay rule o pawl evidence rule*, tienen sus raíces en la doctrina de la prueba y que el juicio por jurados se desarrolló fuertemente con otra finalidad a la que existía en el continente.

⁸³ GUILLIANI, Giuseppe, op. cit., p. 1894.

⁸⁴ MILLAR, Robert Wynes, *Civil procedure of the trial courts in historical perspective*, New York University, Nueva York, 1952, p. 27.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 13-38.

⁸⁶ PRINGSHEIM, Fritz, *The inner relationship between english and roman law*, Heidelberg, 1961, p. 76-90.

Para las cortes inglesas con su proceso romano-canónico es válido el análisis desde el antiguo y hasta su nuevo proceso de conocimiento sin reservas, aún con el otro proceso paralelo y opuesto que existía⁸⁷. Esto rige con modificaciones en la forma, también para las cortes del derecho común con sus jueces-jurados. Para jueces legos, sin embargo, no resulta aplicable un sistema de reglas legales de pruebas. El lego valorará siempre de acuerdo a su propia e íntima convicción *conviction intime* cada vez más fuerte que el juez letrado. Necesitará una cierta libertad de valoración. Debido a que también el jurado no deseaba renunciar a filtros de racionalidad supraindividual, se modificó en forma adecuada el conjunto de reglas de la prueba romano-canónicas para el descubrimiento de la verdad. Así transformó un sistema de reglas de admisibilidad de la prueba a los efectos de poder, desde el inicio, proteger al jurado de determinados medios de prueba⁸⁸. La finalidad del sistema de pruebas legales o reguladas mediante reglas fijas tuvo por objetivo principal, tanto en el proceso continental como en el de las cortes inglesas, la regulación inmediata del descubrimiento de la verdad por parte de los jueces letrados. La finalidad del sistema de reglas probatorias en el modelo perjurado tenía por objeto proteger al juez lego de medios probatorios dudosos filtrando todo elemento que pueda influenciarlo. Esta doble finalidad representada por la dicotomía descrita en el derecho probatorio del proceso canónico y sus sucesores, fue facilitada por las cortes del derecho común con su transformación plena. Sin embargo, en principio, esta diferenciada finalidad ha sobrevivido hasta nuestros días.

La familia jurídica angloamericana tuvo que pagar, por el jurado, un alto precio con su sistema de *law of evidence*. Si los jueces legos pueden ser protegidos mediante un buen y sutilmente estudiado sistema de admisibilidad

⁸⁷ MILLAR, Robert Wynes, op. cit., p. 26.

⁸⁸ MACNAIR, Michael, *The law of proof in early modern equity*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999, p. 26.

de la prueba contra una manipulación dramática, aparece realmente como dudoso y permanece sin control⁸⁹. De esta forma la vinculación entre legitimación democrática inmediata de los jueces legos y el tradicional *law of evidence* está quizá fundada sólo históricamente y no representa realmente un requisito necesario para el desempeño de la actividad de los jueces legos. Son precisamente los romanos, más que toda otra cultura jurídica, los que daban un gran valor que era trasladado también a la filosofía y al arte.

1.5. La Revolución Francesa y la Codificación

La revolución francesa fue un movimiento importante en lo económico, filosófico, político, dentro de la sociedad de esa época, en especial de la europea. Representó el triunfo de la burguesía, lo que significó un gran avance en la lucha de las clases sociales.

En el ámbito político, la revolución francesa basándose en la filosofía de la época de la ilustración, logra tocar el punto fino del poder absoluto que existía en ese momento y que tenían los monarcas, lo cual da como resultado derechos del hombre que hoy conocemos como garantías individuales, es decir, lo que pretendía era la libertad de los individuos, libertad que no solo se reducía a la de la esclavitud, sino intelectual, social, económica, etc.⁹⁰

Con relación al Estado, durante la revolución francesa, los órganos de autoridad estatal, sólo podían hacer aquello que se les había conferido previamente, es decir, aquellas funciones y atribuciones que previamente se le

⁸⁹ SWARD, Ellen, *The decline of the civil jury*, Carolina Academic Press, Durham North Carolina, 2001, p. 243-271.

⁹⁰ *Ibíd*em, p. 72.

había impuesto; en cambio, el ciudadano es libre y no tiene limitaciones más que la ley le fija.

En Francia, escritores como Montesquieu, Voltaire y Brissot de Waraville protestaron contra el sistema judicial medieval y, en la Asamblea Constituyente de 1790 se recogieron esos conceptos al pronunciarse contra las pruebas formales en materia penal y, consagrarse el sistema de la convicción íntima de los jueces, la cual quedó sancionada en las en las leyes de 18 de enero y 29 de septiembre, ambas de 1791, cuyo principal autor fue Wuport. Y es así como se entra a la fase sentimental que sería más conveniente denominar de la convicción moral.

La *fase de la convicción moral*, acogió las teorías de Montesquieu, Voltaire y sus seguidores, con las leyes de 1791. El artículo 732 del Brumario del año IV de la revolución, reprodujo el precepto de aquellas leyes sobre libertad de apreciación y la convicción íntima como único fundamento del fallo. Posteriormente, el Código de Instrucción Criminal acogió el mismo principio en su artículo 342.⁹¹

La Revolución Francesa tuvo una íntima repercusión sobre el enjuiciamiento criminal y la doctrina de la prueba. En efecto, durante la Revolución Francesa se forja el proceso penal mixto (por la combinación de materiales que realiza o, anglo francés por la procedencia de los mismos, como consecuencia del movimiento filosófico que la prepara y que a espíritus como Voltaire y Montesquieu hizo volver la vista hacia las instituciones judiciales inglesas, donde se mantenía el

⁹¹ *Ibíd*em, p. 65.

sistema acusatorio, que en los demás países había sido sustituido, de derecho o de hecho, por el sistema inquisitivo.⁹²

Un cambio tan radical en las instituciones, hubo de provocar una renovación forzosa en la literatura, porque la anterior quedó inservible o, por lo menos, anticuada; aunado a que en el cuadro del proceso penal, el reemplazo de la prueba legal o tasada, ajena al sistema inquisitivo, reducía el esfuerzo intelectual del juez a una tarea, en gran parte mecánica, de comprobación y contabilidad de requisitos prefijados por la ley y, como consecuencia, se hacía necesario suministrar al juzgador la preparación necesaria para enfrentarse directamente con la apreciación de la prueba.⁹³

Lo anterior explica el florecimiento de la literatura probatoria a partir de citada época, así como el hecho de que la aportación de los procesalistas civiles es superior a la de los procesalistas penales, en materia de prueba.

El nuevo derecho francés se difundió por toda Europa sólo hacia mediados del siglo XIX; pero en Austria duró el sistema legal durante muchos años, consagrado en el *Reglamento de procedimiento criminal de 1853*, que rigió casi hasta fines del siglo XIX. Así se originó esta nueva fase del derecho probatorio, que se ha convenido en denominar *sentimental*, por estar basada en la ilusoria creencia de la inhabilidad de la razón humana y del instituto natural.⁹⁴

El nuevo sistema se aplicó al proceso penal que se tramitaba oralmente y, así se escindieron los dos procesos, pues el civil continuó sujeto a la

⁹² ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *Estudios de teoría...*, op. cit., p. 68.

⁹³ *Ibíd.*, p. 69.

⁹⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría...*, op. cit., p. 65.

tarifa legal y al procedimiento escrito, en el que mientras al juez penal se le daban facultades inquisitivas para la búsqueda de las pruebas, el civil continuaba sujeto a la iniciativa de las partes.

Según ya lo observaba Bentham⁹⁵, *“analizar los motivos, discernir los diversos grados de intención, desembrollar las causas que influyen sobre la sensualidad, valorar un testimonio frente a otro, sopesar un testimonio particular contra una probabilidad general, representa operaciones que supone un gran estudio del corazón humano.”* Estudio que requiere conocimientos psicológicos especializados.

Como dijimos antes, el proceso civil continuó rigiendo el sistema de la tarifa legal de pruebas, en virtud de que la corriente sentimental que impuso la íntima convicción, se limitaba únicamente al proceso penal. Ello se debió al concepto privatista basado en el individualismo filosófico y político, que del proceso civil se tenía entonces y que prevaleció hasta finales del siglo XIX.⁹⁶

Así las cosas, uno de los principales triunfos de la revolución francesa, aproximadamente en el siglo XIX, con la finalidad de garantizar los derechos de los ciudadanos respecto a las injusticias del estado, surgió la corriente de la codificación, con la cual se organizaron de manera sistemática las normas legales que existían y que se encontraban en un verdadero desorden. Dicha codificación tuvo la gran virtud de poder separar de una manera inteligente, ordenada y sistematizada el derecho sustantivo, adjetivo y procesal, lo que implicó un gran avance en el derecho y en la debida aplicación de la ley y de la justicia, por lo que de esa manera iniciaron los Códigos Civiles, Penales, de Procedimientos

⁹⁵ BENTHAM, Jeremy, op. cit., p. 45.

⁹⁶ Ídem.

Civiles, Procedimientos Penales y el de Comercio; sin embargo, diversos autores señalan que la codificación no surgió en la época de Napoleón, sino que siglos antes se encontraron otros casos de organización como lo es el caso del libro segundo del Fuero Juzgo, la tercer partida de las Siete Partidas, entre otras. Sin embargo, la importancia que se dio en la codificación napoleónica no es precisamente el ordenamiento de las normas jurídicas, ni la de haber dividido las materias, sino que a partir de su promulgación tanto en el continente europeo como en el americano, se comienzan a promulgar códigos independientes para los procesos civiles y penales y su importancia radica en la trascendencia mundial de ello.⁹⁷

Pero debemos preguntarnos ¿Qué entendemos por codificación? Pues bien, la codificación no es otra cosa más que el proceso decimonónico que heredando de los sistemas ideológicos del siglo XVIII, llevó a los gobiernos nacionales a buscar la unidad a través de la elaboración de códigos encargada a juristas de prestigio. Realmente la codificación comienza con el Code Civil, porque como bien lo señala Paolo Grossi, primero sólo fueron compilaciones del derecho antiguo. Sea compilación, recopilación o simple fijación, la cuestión que hace del Código Napoleónico una cosa diversa, es la búsqueda de ese sistema lógico descarnado, impersonal y desligado de todo derecho medieval, antiguo y de privilegios.⁹⁸

Finalmente, la codificación napoleónica, al separar la legislación procesal, tanto civil (en 1806) como penal (1808), de los respectivos cuerpos legales sustantivos, marca un derrotero que muy pronto es seguido por las demás naciones y que hace brotar cátedras y libros independientes, consagrados a su estudio.⁹⁹

⁹⁷ *Ibidem.*, p. 72-73.

⁹⁸ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Trillas, México, 1984, p. 24.

⁹⁹ ALCALA ZAMORA, Niceto, *Estudios...*, op. cit., p. 69.

1.6. Antiguo Enjuiciamiento Español

Hablar del antiguo enjuiciamiento español, no es tan fácil, ya que éste se dio durante diez siglos, aproximadamente; aunado a que su historia, ha tenido grandes cambios y alteraciones debido a las mezclas de la cultura que han convivido como lo son la celta, fenicia, griega, romana, árabes y visigodos; Todo ello tuvo una gran influencia en los juicios de la época y surgió lo que en la actualidad conocemos como *el Fuero Juzgo*, que no es otra cosa más que es la unión de la esencia germánica y romana con un toque de influencia filosófica y humanística, pero tuvo una deficiente aplicación, pues el derecho popular continuó aplicándose durante la España Medieval.¹⁰⁰

El derecho español tiene sus orígenes en tres corrientes: en el derecho romano, en el derecho germánico y en el derecho canónico, por medio del proceso común, el cual es una combinación de las dos corrientes anteriores y de ordenamientos canónicos.

Durante el desarrollo y crecimiento del derecho español, surgieron diversos ordenamientos legales entre los que destacan *las Partidas de 1265* el cual tiene como antecedente al Digesto y es un regreso claro al derecho procesal romano clásico; de igual manera, destaca, *la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, que es la base de la mayoría de los códigos de procedimientos civiles de los países hispanoamericanos.¹⁰¹

¹⁰⁰ GOMEZ LARA, Cipriano., *Teoría....*, op. cit., p. 68.

¹⁰¹ Ídem.

La evolución histórica del derecho español se basa en los siguientes ordenamientos:

* El Código de las Siete Partidas, promulgado bajo el reinado de Alfonso X, el Sabio; es la obra más importante del derecho histórico castellano y una de las que alcanzaron más difusión. Esta obra también fue conocida como el Libro de las Leyes; es a partir del siglo XVI cuando cambia el nombre al de las Siete Partidas en atención de encontrarse dividida en siete partes.

La Ley de las Siete Partidas es el primordial antecedente jurídico de la España medieval y ocupa un lugar sumamente importante para el sistema normativo de la Nueva España, ya que más que una fuente histórica de la totalidad del derecho procesal de los países iberoamericanos, es una piedra angular para el desarrollo de un sistema de derecho contemporáneo como lo es el de nuestro país.

“Se asegura que las Partidas fueron escritas en Sevilla y que su elaboración duró (curiosa coincidencia) siete años, aunque otros afirman que aquéllas comenzaron a escribirse el 21 de junio de 1256 y se terminaron el 28 de agosto de 1265.”¹⁰²

Representan las Partidas el intento de sustituir el viejo derecho local de los fueros municipales por un nuevo sistema jurídico de carácter territorial, inspirado en la doctrina del derecho romano justiniano. La Tercera Partida es importante porque en ella se contienen disposiciones y principios de derecho judicial y procesal, muchas de las cuales alcanzaron gran trascendencia en la legislación

¹⁰² MEDINA LIMA, Ignacio, *Breve antología procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 81.

español posterior, y por consiguiente, en todos los países que tomaron a ésta como modelo para sus codificaciones.¹⁰³

Para hacer alusión al origen del antecedente comentado, nos remontaremos a la época en la que el Rey Alfonso X ordena a mediados del siglo XIII elaborar el Libro de las Leyes que durante el siglo XIV cambia su nombre al de Las Siete Partidas, cuyo autor fue Jácome Ruyz.

En lo que corresponde al derecho procesal, esencialmente debe hacerse un análisis de la Tercera Partida, que habla de toda la legislación procesal, haciendo una interesante concepción de la justicia, de ahí que se desprenda un sistema que contiene disposiciones, definiciones y principios de un derecho judicial y procesal de admisibles deficiencias, ya que, basados en un sistema romano-canónico, transformaron un proceso que pudo haber sido dinámico, en uno lento, escrito y formalista, en el que proliferaban los incidentes y recursos, por lo que se puede decir que es, en esencia, una reproducción del derecho procesal del Digesto.

* El ordenamiento de Alcalá fue promulgado por el rey Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de Henares en 1348; estaba formado por 189 leyes y uno de los fines principales de este ordenamiento fue el arreglo de los procedimientos judiciales.

* Las leyes de Toro fueron promulgadas por las Cortes que en Toro se celebraron en el año de 1505, bajo el reinado de Juana, hija de Isabel la

¹⁰³ Ídem.

Católica. El objeto de estas leyes fue aclarar varias dudas respecto a la legislación vigente en ese momento.¹⁰⁴

* La Nueva Recopilación Esta obra de contenido muy amplio consta de doce libros y fue promulgada en 1567. La Nueva Recopilación adolecía de muchos defectos, como fue la falta de orden y la mezcla confusa de materias.

* La Novísima Recopilación fue promulgada en 1805 por el Rey Carlos IV. En la real cédula que ordena su cumplimiento se explica el cuidado del rey por hacer una obra sin los errores que él mismo apunta a la Nueva Recopilación¹⁰⁵

* Posteriormente, se inicia la época contemporánea; cabe destacar que en ésta, aunque no existía un texto codificador de las normas procesales, tuvo gran trascendencia la Constitución de 1812, que dedica varios artículos a la administración de justicia.

En el siglo IXI, el derecho español se vuelca diferente, pues con *la Constitución de Cádiz de 1812* se inicia la codificación y así, poco a poco, todos los ordenamientos de carácter adjetivo, sustantivo y procesal fueron codificados. Con relación a la materia procesal, existieron códigos de gran importancia como lo es la ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830, la Instrucción de Procedimiento Civil de 1853, entre otras.¹⁰⁶

¹⁰⁴ PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Historia del Derecho Procesal Civil Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1962, p. 122.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 125.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 69-70.

En materia procesal civil destaca la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ambas de gran importancia para el tema que tratamos, ya que en ellas encontramos referencias **de las diligencias para mejor proveer**.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, reglamenta las diligencias para mejor proveer en los artículos 48, 1063, 1068 y 1069.

El artículo 48 establece que tanto los jueces de paz como de primera instancia o magistrados de audiencia, están facultados, sin que los litigantes puedan obligarlos a decretar los siguientes actos para mejor proveer:

Ordenar traer a la vista cualquier documento que considere conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes; exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia notoria y que no resulten probados; decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que crean necesario, y traer a la vista autos que tengan relación con el pleito.¹⁰⁷

El artículo 1063 menciona que en caso de que los jueces y tribunales al estudiar un proceso con el fin de dictar sentencia, tuvieran dudas de cómo fallar o les pareciera obscura alguna prueba o hecho esencial del mismo proceso, estarán facultados para dictar de oficio autos para mejor proveer, teniendo éstos, el alcance suficiente para presentar por medio de las partes interesadas en la litis cualquier documento o practicar o ampliar algunas diligencias probatorias con

¹⁰⁷ Ibídem, p. 126.

el objeto de atraer al proceso nuevos elementos que arrojen luz sobre los que aparece dudoso.¹⁰⁸

El artículo 1068 se refiere a que las diligencias para mejor proveer procedan en toda clase de juicios.¹⁰⁹

Por su parte, el artículo 1069 faculta al juez a dictar estos autos para mejor proveer cuando hayan terminado todas las pruebas y alegaciones de los litigantes.¹¹⁰

La ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, reglamenta las diligencias para mejor proveer en sus artículos 340 y 341.

El artículo 340 menciona en sus cuatro fracciones que después de la vista o de la citación para sentencia y antes de pronunciar su fallo podrán los jueces y tribunales acordar para mejor proveer.

Menciona que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente con el objeto de aclarar el derecho de las partes en el pleito; podrá exigir coactivamente confesión judicial a los litigantes y terceros sobre hechos que a su juicio sean importantes en la litis y que le sirvan para tener una mejor visión del pleito; estará también facultado el juez para mandar practicar o ampliar cualquier reconocimiento o avalúo que considere importante; y podrá traer a la vista indistintamente cualquier auto o trámite judicial relacionado con la litis.¹¹¹

¹⁰⁸ *Ibíd*em, p. 127.

¹⁰⁹ *Ídem*.

¹¹⁰ *Ibíd*em, p. 128.

¹¹¹ *Ibíd*em, p. 129.

El artículo 341 señala que una vez que el juez o tribunal ordene una diligencia para mejor proveer, inmediatamente quedará en suspenso el término para dictar sentencia hasta que la diligencia para mejor proveer sea ejecutada y luego que lo sea en el plazo que reste se pronunciará la sentencia o el auto que corresponda sin nueva vista de partes.¹¹²

2. LA PRUEBA EN LA EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO PROCESAL

En este apartado, nos abocaremos a estudiar y analizar a la prueba y al proceso en la evolución que el pensamiento procesal ha tenido a lo largo de la historia, en los diversos sistemas jurídicos que surgieron a lo largo de los años y hasta nuestros días.

2.1. Procesalismo Primitivo

Puede y debe perfeccionarse nuestro procedimiento de enjuiciar, pero es absurdo tratar de cambiarlo radicalmente, pues la legislación no crea, no aumenta, no destruye lo que ya existe sino solamente se limita a mejorarlo.¹¹³

El proceso, a lado del cual existe aún la autodefensa, es común tanto para las cuestiones civiles como penales y su fin es el de obtener la reparación del daño, procurando tener las partes un acuerdo inicial (conciliación) y si no se logra, entonces obtenerlo de manera coactiva mediante el pago de una sanción pecuniaria, con el objeto de evitar la venganza del lesionado o de su tribu¹¹⁴,

¹¹² Ídem.

¹¹³ ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *Estudios de teoría*..., op. cit., p. 72.

¹¹⁴ GOMEZ LARA, Cipriano., *Teoría*..., op. cit., p. 60-61.

“...como sucede en todo procedimiento en el que el derecho material es incierto y el poder del juez, escaso.”¹¹⁵

En la antigüedad y a lado de las actuaciones procesales, hay un constante regreso a las formas autotutelares, y en especial al duelo, al juicio de Dios y las ordalías; existían diversos medios de prueba que eran empleados por los pueblos, entre ellos destaca la prueba del agua hirviendo que consistía en que el individuo al que se sometía a dicha prueba tenía que quedar ileso después de haber sumergido su brazo en aquella, al sacar un objeto del fondo del recipiente; la ordalía aleatoria y la del agua fría.¹¹⁶

La del fuego y hierro candente, se practicaba colocando la mano cierto tiempo al contacto de la llama o de un hierro enrojado; la de agua fría, tenía lugar en un estanque o río de bastante profundidad al que era arrojado el presunto reo, considerándole inocente si permanecía en el fondo, y también cuando arrojado al agua con ligaduras que le impedían nadar, salía flotando; la de la cruz, dependía de las fuerzas físicas de la persona, a quien se reputaba culpable, si no permanecía con los brazos levantados por determinado tiempo.¹¹⁷

Los anteriores procedimientos, como ha quedado señalado en párrafos anteriores, eran aplicados principalmente al duelo, al juicio de Dios y a las ordalías, cuyas características principales son:

- “a).- Juicio público.
- b).- Juicio oral.
- c).- De carácter formalista.”¹¹⁸

¹¹⁵ GOLDSCHMIDT, James., *Derecho procesal civil.*, Editorial Labor, Barcelona., 1936, p. 14-18.

¹¹⁶ GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría...*, op. cit., p. 61.

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ Ídem.

2.2. Los Griegos

En Atenas tanto el imperio como la jurisdicción, radicaban en el pueblo, quienes elegían a las personas que iban a fungir funcionarios públicos, es decir, como magistrados, quienes también eran elegidos por la suerte.

De igual manera, se constituyeron dos fueros, el civil y el criminal. Los tribunales en Atenas eran varios, pero destacaban los de Aerópago, Efetas, Parabisto, Heliástico y Metychio, de entre los cuales, los que eran considerados como los principales tribunales y juicios eran los de Aeropagitas, de los Efetas, de los Prytanes, de los Heliásticos y de los árbitros.¹¹⁹

En cuanto a las pruebas que se tenían que ofrecer en el juicio, una vez que se hubiera excepcionado el reo, se presentaban las pruebas la testifical, instrumental, entre otras, haciendo notar que los testigos presentados no podían negarse a declarar, a no ser los filósofos (ya que éstos eran considerados sabios y tenían diversas ocupaciones que los distraían y podían negarse a testificar a favor o en contra de una persona o bien, hacerlo hasta que ellos lo consideraran prudente), pero solo bajo la pena de cinco dracmas y prestaban su declaración bajo juramento pronunciado en los altares. Estas declaraciones se redactaban por el escribano, y sólo podían ser testigos los ciudadanos atenienses.¹²⁰

Por lo que hace a la prueba instrumental, la misma era considerada entre éstos como de mucha fuerza, en consecuencia los instrumentos líquidos y confesados, no sólo tenían fuerza ejecutiva, sino que se daba juicio sobre

¹¹⁹ CERVANTES MARTINEZ, Daniel, op. cit., p. 43-48.

¹²⁰ Ídem.

ellos, es decir, los puntos de la litis versaban en dichos instrumentos y se juzgaba y sentenciaba con base a los mismos.

Otro medio probatorio al que solían recurrir los atenienses en sus juicios, era el oráculo Delfico Pyton, al cual se consultaba en negocios dudosos y de difícil prueba. Asimismo tanto el actor como el reo proponían sus pretensiones y excepciones de palabra, por medio de oradores que patrocinaban a los litigantes.¹²¹

2.3. Los Romanos

En Roma encontramos un sistema más completo de organización judicial y de enjuiciamiento civil que ha suministrado las principales bases al adoptado posteriormente en la cultura europea.

En los procedimientos romanos, primero conocía el magistrado, quien trataba de conciliar a las partes y les daba un período de espera para que pudieran llegar a algún arreglo y, mientras tanto, éste realizaba algunas sugerencias o fórmulas que, en caso de ser necesario, enviaba al juez que continuara y resolviera el problema para que tuviera una base sobre la cual debía resolver el conflicto.¹²²

Cuando transcurría el término concedido por el magistrado y las partes se presentaban el día señalado en el *vadimonium* (etapa que se daba por medio de cauciones que en esa época se llamaba vades), ante el magistrado, el demandante reclamaba el nombramiento de un juez y, si el demandado se oponía,

¹²¹ Ídem.

¹²² *Ibídem*, p, 54.

el magistrado concedía al juez y de viva voz determinaba los puntos litigiosos que debía examinar y sentenciar. En este momento, las partes, invocaban el testimonio de las personas presentes, quienes debían declarar ante el juez sobre las palabras pronunciadas por el magistrado, y de ahí tomó el nombre de *litis contestatio*, que era el momento en el cual se determinaba la misión del juez y se fijaba eventualmente la salida del proceso, asimismo, operaba entre las partes una especie de obligación, ya que substituía al derecho sobre el que se fundaba el litigio, es decir, un nuevo derecho, el de proseguirlo ante el juez. Después fijado el juez y antes de salir ante el magistrado, las partes se citaban para comparecer ante el juez al tercer día, el cual se llamaba *per indinues*, y la citación o aplazamiento *comperinatio*. Dicho procedimiento se refiere a que en el día fijado, plazo que podía prorrogarse por causas justas, acudían las partes ante él con dos testigos de la *litis contestatio* y las partes comenzaban ante el Juez para presentar un resumen del negocio, *causae conjectio*; después, seguían los medios de instrucción, las pruebas testificales u otras, el reconocimiento de lugares, las alegaciones e informes, y finalmente, la sentencia.¹²³

En cuanto hace al procedimiento por fórmula, los medios de prueba eran los testigos, los títulos, el juramento y la confesión.

2.4. Los Germanos

El procedimiento adoptado en los *placita minora* era sencillo y breve, ya que el demandante citaba a juicio al demandado para que el día que se celebrara la junta o para el día que señalaba el conde, y éste explicaba la causa de la demanda; entonces el demandado comparecía y proponía sus excusas y excepciones, y si no asistía, era citado por tres veces bajo multa que se repartía

¹²³ *Ibidem*, p. 55

entre el conde y del demandante. A dicha citación se le llamaba *admallatio*, y la cual debía hacerse en el domicilio del reo, al mismo, a su mujer o alguno de su familia; y para poder hacer efectiva dicha multa en el caso de no comparecencia, se le podían embargar bienes, y una vez presentado a juicio el demandado, alegaba sus excepciones y defensas, y a ambas partes, se les concedían términos largos para verificar sus pruebas, las cuales consistían, ya en la presentación de testigos, en el juramento prestado por medio de cierto número de *conjuratores* (los conjuradores eran cierta clase de testigos a los que se les calificaba la fe de sus declaraciones y solamente, de acuerdo a lo procesado era el número de testigos que podían declarar, por ello, no se especifica el mismo), o en el combate judicial.

124

En relación a los testigos existían dos especies los conjuradores, y los sacramentales o compurgadores. Cuando se presentaban los testigos de la primera clase, se examinaba la mayor o menor fe que merecían sus declaraciones; y cuando comparecían testigos de la segunda, se examinaban para dar valor a la declaración, si el declarante tenía un interés personal que diera una seguridad suficiente de la verdad o probabilidad de lo que aseguraba.¹²⁵

Por otro lado, existían pruebas vulgares las cuales eran conocidas con el nombre de juicio de Dios o juicios por excelencia, ordalía, y a las cuales recurrían frecuentemente los germanos, en virtud de la creencia supersticiosa que les dominaba, ya que sobre el ser supremo intervenía en ellas para sostener la inocencia acusada, o para castigar al delincuente cuyo crimen no podía averiguarse. Una vez instruida la causa o el pleito, se pasaba a sentencia, en donde el conde presidía la sesión, resumía los hechos, las alegaciones y el resultado de las pruebas ofrecidas por las partes y exhortaba a los jueces a que

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 60 – 61.

¹²⁵ *Ídem.*

fijaran la controversia y dictaran sentencia con arreglo a la ley o jurisprudencia que era aplicable al caso concreto. La ejecución de sentencia incumbía también al conde, a no ser que comprendiera su condena intereses de gran cuantía que afectarían a la nación, pues entonces pertenecía su ejecución a la asamblea general.

126

2.5. Escuela Judicialista

Antes de entrar de lleno al estudio de las características principales del período de la escuela judicialista, resulta importante y necesario hacer mención respecto de la denominación de la escuela, ya que en nuestro lenguaje jurídico procesal la palabra “juicio” tiene raíces muy arraigadas con los sujetos y las etapas que lo integran, ya que en el presente período se referían al “juicio” como sinónimo de proceso.¹²⁷

Bolonia es considerada la cuna del derecho procesal y no porque en esta ciudad haya surgido el mismo, sino porque como ha quedado expuesto en el período primitivo, no se cuentan con suficientes exposiciones procesales del origen del derecho procesal, motivo por el cual durante los siglos XII y XIII, diversos jurisconsultos italianos se dieron a la labor de realizar pequeños compendios en los que dividen los procesos en etapas o fases a las que les llaman “*tiempos*” y es, precisamente, durante el transcurso de los mismos en donde se da origen a diversos conceptos jurídicos procesales importantes y útiles en la actualidad, como lo es la preclusión.¹²⁸

¹²⁶ *Ibidem*, p. 61

¹²⁷ ALCALÁ ZAMORA, Niceto., *Estudios de teoría...*, op. cit., p. 63

¹²⁸ *Ídem*.

La base en la que se sustentaron y trabajaron los jurisconsultos de la escuela boloñesa es el derecho común, por predominar en éste las instituciones romanas, germanas y canónicas y precisamente de éste derecho, proviene el sistema continental europeo, dentro del cual se propago el régimen de los juicios, por lo que los estudiantes europeos al concluir sus estudios, poco a poco sustituían dentro del ámbito jurídico, el derecho nacional germánico por el derecho común, aunado a que los tribunales eclesiásticos también aplicaban el derecho común.

No hay que olvidar que en el movimiento judicialista destaco un personaje de gran importancia e impulsor de la escuela, el maestro Jacobo de las Leyes; estudiante de la Universidad de Bolonia en la que se fundaron las bases del derecho común, lo que trajo como consecuencia que de sus tres escritos de contenido procesal, que en la actualidad se conservan, exista la influencia tan marcada del derecho común. El primero de sus escritos y el más importante y trascendente en nuestro derecho se titula *“Las flores del derecho”*, que es prácticamente el punto de partida de las instituciones procesales hispanoamericanas y que influye en gran medida a crear la terminología jurídica española y que fue el borrador de la tercera partida del Código Alfonsino.¹²⁹

2.6. Los Prácticos

La tendencia de los prácticos se caracteriza, según la más acusada doctrina, por estas notas:

- a) Contemplación de la materia procesal como ciencia.

¹²⁹ *Ibíd*em, p. 63.

- b) Escritura en castellano y no en latín.
- c) Ofrece analogías como el *stylus curiae* (uso).
- d) Hay diversidad de opiniones acerca de los preceptos legales, deformados o anulados por éstas.
- e) Una tendencia marcada al nacionalismo.

En España esta tendencia se dio a partir del siglo XVI al XIX; en esta época, diversos autores escriben una variedad de temas y libros en los que destacan la voz “*práctica*” o “*praxis*”. Sin embargo es notable la diferencia que existe entre los prácticos de los siglos XVI-XVII y principios del XVIII, en lo que hay una gran cantidad de información un poco confusa derivado de la falta de métodos y exceso de opiniones y por una mezcla de prácticas procesales con el derecho sustantivo, con los prácticos de finales del siglo XVIII y XIX en los que se destacan por una crítica clara y porque se inicia el período procedimentalista que es la base del derecho procesal actual.¹³⁰

Con los prácticos surgieron diversas figuras jurídicas importantes como lo son:

- a) La explicación de la naturaleza del proceso como un cuasicontrato.
- b) Derecho concursario, que es el inicio del derecho concursal actual.
- c) Los conceptos de instancia e instituciones, tercería y apelación.

¹³⁰ *Ibíd*em, p. 67

2.7. El Procedimentalismo

Es un sistema de origen francés. Esta época se caracteriza por tener un alto contenido de organización judicial, competencia y procedimiento y su explicación y exposición supera a los prácticos, aunque no es suficiente para estar al nivel de otras ramas del derecho.¹³¹

Las causas del procedimentalismo son de índole político (Revolución Francesa) y jurídico (Codificación Napoleónica). La primera, tuvo gran influencia en el enjuiciamiento criminal y en la doctrina de la prueba.

Al respecto Niceto Alcalá Zamora señala: *“En efecto, durante la Revolución Francesa se forja el proceso penal mixto (por la combinación de materiales que realiza) o anglo francés (por la procedencia de los mismos), como consecuencia del movimiento filosófico que lo prepara y a que espíritus como Voltaire y Montesquieu hizo volver la vista hacia las instituciones judiciales inglesas, donde se mantenía el sistema acusatorio, que en los demás países había sido sustituido, de derecho o hecho, por el sistema inquisitivo”*¹³²

El principal objetivo de dicho sistema era el de reducir el esfuerzo intelectual del juez a un trabajo de mera comprobación y verificación a efecto de que se cumplan con los requisitos que se encuentran previamente establecidos en ley y, para ello, era necesario que el juzgador contara con conocimientos suficientes para poder enfrentarse debidamente a la apreciación de la prueba.¹³³

¹³¹ Ídem.

¹³² Ibídem, p. 68.

¹³³ Ídem.

Todo lo anterior explica claramente el surgimiento de textos en materia probatoria, ya que en este sistema se redujo la labor del juez a una simple apreciación y verificación de requisitos procesales y de las pruebas; motivo por el cual, las aportaciones realizadas en este período fueron de mayor importancia las de los civilistas que la de los penalistas.

Niceto Alcalá Zamora manifiesta que *“El factor jurídico determinante del procedimentalismo se produce durante la primera decena del siglo XIX: la codificación napoleónica, al separar la legislación procesal, tanto civil (1806) como penal (1808), de los respectivos cuerpos legales, sustantivos, marca un derrotero que muy pronto es seguido por las demás naciones y que hace brotar cátedras y libros independientes consagrados a su estudio”*¹³⁴

En esta etapa histórica del derecho, surgió un jurisconsulto y filósofo de gran importancia, Jeremy Bentham, quien con sus múltiples trabajos los relaciona con la organización judicial y a las pruebas, tuvo gran influencia en el derecho, a tal grado, que en la actualidad perdura su ideología en países como Francia, Estados Unidos de Norteamérica y España.

3.- CORRIENTE CIENTÍFICA DEL PROCESO O PROCESALISMO CIENTÍFICO

“Cuando el procedimentalismo ha producido ya varios de sus mayores frutos, se inicia en Alemania el Derecho Procesal Científico. Este momento se suele localizar en una fecha: 1868, en la que Oscar Bülow publica en Giessen su célebre libro La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales

¹³⁴ Ibídem, p. 69.

(Die lehre van den processcinreden und die processvoraussetzungen) y concibe el proceso como una relación jurídica que progresivamente se desenvuelve”¹³⁵

“Bülow tuvo dos aportaciones muy importantes en este sistema y son:

- a).- Encontrar una explicación meramente publicista a la naturaleza del proceso.
- b).- Provocar un movimiento científico procesal que ocasionó una renovación del Derecho.

De igual manera, los cambios que se originaron con el procesalismo científico fueron:

- 1.- Independencia del derecho procesal del derecho material.
- 2.- Los conceptos del derecho (acción, proceso, etc.) se analizan conforme a criterios del derecho procesal.
- 3.- El método expositivo es superado y sustituido por el sistema.
- 4.- El estudio del derecho procesal se hace por medio de técnicas diferentes ya que hacen Teoría del Derecho Procesal y rompen sus lazos respecto a la práctica forense, ya que ellos penetran en la fisiología procesal.”¹³⁶

¹³⁵ *Ibíd*em, p. 72.

¹³⁶ *Ibíd*em, p. 69.

3.1. Procesalismo Germánico

Del año de 1868 a 1914 surge la llamada “edad de oro del procesalismo germánico”, movimiento en el que no sólo participan alemanes sino también jurisconsultos de diversas nacionalidades como suizos, húngaros, austriacos, entre otros y los estudios realizados en esta etapa han influido y han sido de gran importancia en el derecho procesal de todas las épocas.¹³⁷

Los procesalistas alemanes, después de la segunda Guerra Mundial, hubieran logrado una “segunda edad de oro”, pero por las ideas que se encontraban en auge en ese momento (hitlerianas), muchas universidades fueron privadas de prestigio y como consecuencia de ello, las investigaciones y las aportaciones que se daban no tuvieron ninguna fuerza.

3.2. Procesalismo Italiano

Carnelutti es el principal promotor y él es quien hace la diferencia en este procesalismo, el cual se divide en cuatro etapas.¹³⁸

- a).- Escuela exegética.
- b).- Teorías particulares.
- c).- Teoría general del proceso del conocimiento.
- d).- Teoría general del proceso.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 73.

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 75.

Sin embargo, el procedimentalismo se basa en la escuela exegética y las teorías particulares.

El fundador del procesalismo italiano lo fue Chiovenda, quien con el método germánico trabajó para pulir este sistema sobre las instituciones romanas e italianas; su teoría influyó en gran medida a los procesalistas penales, no en cuanto a métodos, sino a la aceptación de postulados y conclusiones.¹³⁹

Dentro de los grandes autores de este procesalismo encontramos a Calamadre, Redenti y Carnelutti, quienes con sus obras y aportaciones influyeron en gran medida los enjuiciamientos civiles y penales.

3.3. Procesalismo Español

No mucho se sabe acerca del procesalismo español, pero aproximadamente en el año de 1920, la influencia de Chiovenda impulsa al derecho español el cual se encontraba sometido y sumido en un procedimentalismo decadente. Sin embargo, en este sistema el derecho procesal civil tuvo mayor empuje y auge que el penal.¹⁴⁰

3.4. Procesalismo Iberoamericano

Tuvo su crecimiento a partir de 1941, surgido de manera paulatina en todos los países de Latinoamérica. El mejor procesalismo americano se encuentra en Brasil, Uruguay y Argentina, en donde las influencias europeas de independencia son trascendentales para dicho continente, pero las características

¹³⁹ Ídem.

¹⁴⁰ Ibídem, p. 77.

de esto es que dicho sistema tiene rasgos particulares y da bases suficientes para el inicio de una ciencia propia con fundamento en estudios de derecho procesal.¹⁴¹

3.5. Procesalismo En México

México, ha recibido influencia del sistema, aunque creo un gran retraso, sin embargo, en nuestros días hay exponentes en nuestro sistema procesal de la teoría de Carnelutti.

Por lo que se pueda hablar de la evolución de la Teoría General del Proceso y llegar a su composición absoluta y total, forzosamente, debemos pasar por todas las etapas de derecho procesal, ya que cada etapa evolucionó de una manera importante, la forma de concebir la teoría general del proceso de manera tan amplia como la aparición del derecho en la vida diaria del hombre.

3.6. Derecho probatorio

Al tomar en consideración que todo lo relacionado con la prueba tiene gran importancia y relevancia en el proceso jurisdiccional actual y, que desde mediados del siglo pasado, diversos autores han analizado y estudiado a la prueba procesal, ello da lugar a una nueva disciplina denominada derecho probatorio, el cual se adentra, exclusivamente, al estudio y análisis de normas y principios jurídicos que regulan la prueba dentro del proceso.

La prueba es un elemento esencial dentro del proceso jurisdiccional y es un elemento indispensable para que la sentencia que se dicte en el juicio determine que la demanda instaurada estuvo debidamente fundada, motivo

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 78.

por el cual se habla del derecho probatorio que es la disciplina que estudia las normas que regulan la actividad demostrativa en el proceso.

Los temas principales que se estudian en el derecho probatorio son:

1.- Concepto de la prueba, que se refiere y analiza lo que es la prueba en sí.

2.- El objeto de la prueba, refiriéndose a lo que es la prueba. Debe versar principalmente en los hechos en que se basa el proceso, es decir, en los puntos de litis.¹⁴²

3.- La carga de la prueba, determina quienes son los que prueban, que en este caso, son las partes del proceso, quienes tienen la obligación de probar los hechos que son de su interés con la finalidad de probar sus pretensiones y que la sentencia que se llegue a dictar sea lo más favorable a su favor.¹⁴³

4.- El procedimiento probatorio se refiere principalmente a como se debe probar dentro del proceso. En este punto se engloban el ofrecimiento, la admisión, la preparación, el desahogo y la valoración de las pruebas ofrecidas por las partes en el proceso, las formalidades, los tiempos y los requisitos que se deben cumplir al momento de ofrecerse la prueba en juicio.¹⁴⁴

5.- Los medios de prueba, para José Ovalle Favela, no son más que *“los instrumentos con los que se pretende lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos en el proceso”*¹⁴⁵. Son instrumentos y conductas humanas con las

¹⁴² GOMEZ LARA, Cipriano., *Derecho...*, op. cit., p. 99.

¹⁴³ Ídem.

¹⁴⁴ Ídem.

¹⁴⁵ OVALLE FAVELA, José, *Derecho...*, op. cit., p. 107.

cuales se lleva a cabo la corroboración de las afirmaciones realizadas en los hechos narrados por las partes.

6.- El derecho a la prueba, es el derecho que tienen los litigantes para ofrecer pruebas que consideren necesarias y con las que van a demostrar sus extremos y que el juzgador las admita.¹⁴⁶

7.- Valoración de la prueba, en este punto se analiza el valor que tiene la prueba ofrecida por las partes. Generalmente, esta facultad es únicamente del juzgador quien, una vez que las partes hayan ofrecido y desahogado conforme a ley las pruebas, al momento de dictar sentencia definitiva, valorara éstas con todos los hechos narrados por las partes, para que concatenados lo lleven a la verdad y dicte una sentencia totalmente apegada a derecho.¹⁴⁷

Para Cipriano Gómez Lara el derecho probatorio es *“el conjunto de normas jurídicas relativas a la prueba, o el conjunto de normas jurídicas que reglamentan los procedimientos de verificación de afirmaciones sobre hechos o sobre cuestiones de derecho.”*¹⁴⁸

4.- CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL

El estudio del derecho procesal en México, no se puede estudiar ni analizar sin tener conocimiento del derecho procesal español, esto es así porque el derecho español se aplicó varios años en México (durante el Virreinato) y porque la legislación de la época independiente de México y el México moderno, se encuentran influenciados en el derecho procesal español, el cual, a su vez, tuvo

¹⁴⁶ GOMEZ LARA, Cipriano., *Derecho procesal...*, op. cit., p. 100.

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ Ídem.

gran influencia del derecho romano y del germánico, además de la mexicanización procesal.¹⁴⁹

Las leyes mexicanas surgieron con la inquietud y la finalidad de derogar la *Institución* del marqués de Gerona, en la que se trataba de conseguir la tramitación de los juicios de manera breve y acabar con las malas prácticas, surgió como inquietud de diversos juristas españoles que consideraban que las leyes procesales eran las más difíciles de reformar de manera radical, aunado a que se creaban ciertos intereses a favor de determinadas clases sociales, la Ley de Enjuiciamiento Civil, legislación española que tuvo una gran influencia en nuestro derecho civil y procesal lo fue la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855, con la que se aspiraba a restablecer las reglas cardinales de los juicios que se encontraban olvidadas en las antiguas leyes españolas.¹⁵⁰

4.1. Legislación Procesal Civil Mexicana

El Código de Procedimientos Civiles de 1932, mismo que a la fecha se encuentra vigente, aunque con algunas reformas que han sido necesarias derivadas de los avances sociales y tecnológicos de la sociedad, ha sido el modelo de varias legislaciones estatales en nuestro país. El ordenamiento legal en comento, fue elaborado por un grupo de juristas de gran renombre, como lo son, Gabriel García Rojas, José Castillo Larrañaga y Rafael Gual Vidal, quienes al tomar diversas instituciones de los Códigos de 1872, 1880 y 1884, pudieron concluir dicha legislación.¹⁵¹

¹⁴⁹ CERVANTES MARTÍNEZ, Daniel., op. cit., p. 26.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Ídem.

Para el análisis del derecho procesal mexicano y del desarrollo que hasta nuestros días ha tenido el mismo, debemos señalar tres etapas importantes y trascendentes de éste, mismas que a continuación expongo:

a).- Etapa primitiva.- En el México precortesiano, la organización del derecho era poco conocida, ya que las investigaciones que se han realizado en estos tiempos, al respecto, no nos aportan ningún elemento específico sino más bien impreciso y es penoso ver que el derecho de los aztecas de la época precortesiana no fue tan poderoso para dejar huella en el derecho mexicano posterior y actual.

Como en la mayoría de los pueblos primitivos, la administración de la justicia en las diferentes culturas indígenas, se basaba en la potestad del jefe y se desenvolvía a procedimientos meramente orales. Era una justicia sin formalidad y sin garantía alguna. En los procesos de esta época, el criterio del juzgador estaba cien por ciento influenciado por las costumbres y la sociedad que existía en ese momento, aunado a que cada tribu tenía su ley y por tanto, al juzgar tenían que usar sus criterios.

Los usos y costumbres de los indígenas, existentes antes de la conquista de los españoles, quedaron confirmados y plasmados en la Recopilación de Indias, siempre y cuando éstos no fueran contrarios a la religión ni a las Leyes de Indias.¹⁵²

b).- Derecho procesal virreinal.- Este derecho fue una pequeña muestra de la organización jurídica que existía en ese entonces en España, quien

¹⁵² Ídem

en ese momento dotó a la Nueva España (México) de instituciones jurídicas muy similares a las suyas, motivo por el cual su legislación procesal estuvo vigente en el México colonial directamente y, con posterioridad, de manera supletoria para colmar ciertas lagunas que existían en el derecho que había surgido y estaba vigente en los países americanos y que estaban sometidos a la corona española. Este derecho se formó, básicamente, por las leyes de España dictadas de manera especial para los territorios americanos.

En este derecho surgió la llamada Recopilación de Leyes de Indias, en la que se dispuso que en los territorios ultramarinos sujetos a la corona española, fueran consideradas como derecho supletorio de éstas el español, de conformidad con la prelación establecida en las Leyes de Toro. Esta recopilación contiene, entre otras, normas sobre procedimientos, recursos y ejecución de sentencias pero con lagunas tan grandes que resultaba necesario aplicar de manera supletoria y de manera frecuente las leyes españolas.

Los Autos Acordados de la Real Audiencia de Nueva España y las Ordenanzas de Intendentes, cuyo contenido contempla ciertas disposiciones de naturaleza meramente procesal, surgieron como derecho particular de la Nueva España y han sido considerados como parte fundamental e importantísima del derecho positivo mexicano.

c).- El derecho procesal mexicano independiente.- En los primeros años de vida independiente la nación mexicana siguió rigiéndose por las leyes implantadas por España, hasta que fueron gradualmente sustituidas por las leyes y códigos nacionales.

Al momento en que se proclamó la independencia de México, varias organizaciones sociales, incluso políticas, económicas, filosóficas y jurídicas, no fueron disueltas en su totalidad y en ese momento, por ello, las leyes españolas que tenían vigencia en México continuaron aplicándose como leyes nacionales, determinación sustentada en la Ley de 23 de mayo de 1821, en la que se dispuso que las controversias se tenían que seguir conforme a dichas leyes siempre y cuando no fueran contrarias y atentaran contra las instituciones del país.

“La influencia de la legislación española siguió, pues, haciéndose notar en la de México; y las diversas leyes dadas en la República, aun cuando con las naturales adaptaciones, seguían, en general, la orientación de la península en materia de enjuiciamiento civil”¹⁵³

Dicha influencia continuó durante varios años y se podía percibir en la redacción y en que se contenían ciertas características importantes de éstas en las legislaciones que, poco a poco, fueron surgiendo en el país y así tenemos la Ley para arreglo de los procedimientos judiciales de 4 de mayo de 1857. Con posterioridad a esta legislación, surgieron las de 1872, 1880, 1884 y 1932, a las cuales me referiré en las siguientes líneas.

Sin embargo, el primero Código de Procedimientos en el Distrito Federal que tuvo ese nombre por constituir un código completo, fue el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorios de 1872, el cual tuvo gran influencia del código español (Ley de Enjuiciamiento) de 1855. El código de 1872 fue sustituido por el que se promulgado el 15 de septiembre de 1880.

¹⁵³ DE PINA, Rafael y et. al., *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1976, p. 47.

4.2. Ley Que Regula Los Procedimientos Judiciales En Los Tribunales Y Juzgados Del Distrito Federal Y Territorios

Esta Ley de Procedimientos Judiciales es expedida el 4 de mayo de 1857, por el entonces Presidente sustituto de la República Mexicana, Ignacio Comonfort, pero dicha ley no tiene la categoría de Código, tanto por su denominación como por su contenido.

La ley en comento constaba de 181 artículos, mismos que contenían diversas figuras procedimentales, pero en esta legislación no existía disposición especial que determinara con exactitud los medios de prueba que pudieran hacer valer las partes. De igual manera, se decía que concluido el término probatorio, se haría una publicación de probanzas a pedimento de cualquiera de las partes, y se les pondrían los autos a disposición de éstas, por su orden, para que alegaran de bien lo probado.¹⁵⁴

4.3. Código De Procedimientos Civiles De 1872

Fue el primer código de procedimientos que tuvo dicho nombre, basándose en gran medida a la ley española de 1855. Se desconoce si éste código tuvo exposición de motivos, pero para poder entender sus preceptos legales, con mayor facilidad, era necesario recurrir a su fuente de inspiración, es decir, a las leyes españolas, resúmenes y comentarios de las mismas; constaba de 2362 artículos, que componían los 20 títulos. Este código fue sustituido años después por el código de 1880.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Ibíd*em, p. 26-28.

¹⁵⁵ *Ídem*.

El 13 de agosto de 1872, Sebastián Lerdo de Tejada, en su carácter de Presidente Interino Constitucional de México, expidió un Código de Procedimientos Civiles, para que se observara a partir del día 15 de septiembre de ese año en el Distrito Federal y en el estado de Baja California, constituyendo con dicho cuerpo de leyes el primer Código Procesal en nuestro derecho positivo mexicano; ordenamiento con el cual se dejaron derogadas todas las Leyes de Procedimientos Civiles promulgadas hasta esa fecha.

Durante la vigencia del código de referencia, el que afirmaba estaba obligado a probar, en consecuencia, el actor debía probar su acción y el reo sus excepciones. El que negaba estaba obligado a probar sino sólo en el caso de que su negación involucrara una afirmación expresa de un hecho. También estaba obligado a probar el que negaba, cuando al hacerlo desconocía la presunción legal que tenía a su favor el colitigante. Sólo los hechos estaban sujetos a prueba y, el derecho, lo estaba únicamente cuando se fundaba en Leyes extranjeras, ya que debía probarse la existencia de éstas y que en realidad eran aplicables al caso concreto.

El juez recibía el pleito a prueba en el caso de que los litigantes lo hubieran solicitado o de que él lo estimara necesario. Las pruebas se recibían con citación de la parte contraria, excepto la confesional, el reconocimiento de los libros y papeles de los mismos litigantes, así como los instrumentos públicos, por lo que en este Código se reconocían como medios de prueba los siguientes:

- a).- Confesión, judicial o extrajudicial.
- b).- Instrumentos públicos y solemnes.
- c).- Documentos privados.
- d).- Juicio de peritos.

e).- Reconocimiento judicial.

f).- Testigos.

g).- Fama pública.

h).- Presunciones.

El término probatorio se dividía en ordinario el cual no podía exceder de 40 días y el extraordinario, el cual era de 2 meses si la prueba se tenía que rendir en territorio nacional y a una distancia de más de 100 leguas; más de 200 leguas era de tres meses; en Estados Unidos de Norteamérica era de cuatro meses; América del sur y Europa de seis meses y en cualquier otra parte del mundo de ocho meses.¹⁵⁶

Este código reglamenta las diligencias para mejor proveer en su artículo 191, que establece que los jueces y tribunales podrán para mejor proveer decretar u ordenar que se traiga a la vista cualquier documento necesario para aclarar el derecho de las partes en el proceso; podrán los jueces y tribunales exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos importantes en la litis; también podrá el juez o tribunal decretar u ordenar el desahogo de cualquier reconocimiento o avalúo que considere indispensable y podrán los jueces y tribunales traer a la vista los autos relacionados con el pleito.¹⁵⁷

4.4. Código De Procedimientos Civiles De 1880

El 15 de septiembre de 1880, se promulgo el nuevo código de procedimientos que ocupó el lugar del antiguo de 1872, el cual fue expedido durante

¹⁵⁶ *Ibíd*em, p. 28-35

¹⁵⁷ PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Historia...*, op. cit. p. 134.

el período presidencial de Porfirio Díaz, el nuevo código tuvo una interesante exposición de motivos que fue redactada por José María Lozano, mismo que entró en vigor el 1 de noviembre de 1880.

Este código tiene la misma línea y sentido de texto al de 1872. La comisión designada para la redacción del nuevo código se limitó a realizar reformas importantes al texto de 1872, sin cambiar los principios que rigen a ésta y que son los mismos que de la ley de 1855 y se componía de 2241 artículos, constituidos de XXI títulos, en los cuales se agregó lo relativo a las tercerías, por lo que todo estaba a la letra del ordenamiento en cita, excepto el nuevo capítulo que tuvo redacción diversa.

Este ordenamiento reglamenta las diligencias para mejor proveer en su artículo 175 que establece: Los jueces y tribunales podrán para mejor proveer: ordenar que se traiga a la vista cualquier documento que estimen importante para aclarar el derecho de las partes; los jueces y tribunales podrán exigir confesión judicial a los litigantes sobre los hechos que estimen de influencia y que no resulten probados; podrán ordenar también la práctica de reconocimientos y avalúos necesarios; podrán los jueces y tribunales ordenar traer a la vista los autos relacionados con el pleito si el estado legal del mismo lo permite.

El código de 1880 estuvo cuatro años vigente, ya que el 14 de mayo de 1884 se publicó uno nuevo que a la fecha, en gran parte de su contenido, continúa en vigor y rigiendo nuestro derecho procesal.¹⁵⁸

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 36-37

4.5. Código De Procedimientos Civiles De 1884

Expedido por el Presidente Manuel González, el 14 de mayo de 1884, mismo que tuvo una vigencia tanto en el Distrito Federal como en el estado de Baja California a partir del primero de junio de 1884; dicho ordenamiento legal, continuo con los rasgos fundamentales y característicos de la legislación procesal de España.

A diferencia de las dos últimas legislaciones, este Código se encuentra dividido en cuatro libros, con sus correspondientes títulos, los que se encuentran subdivididos en capítulos, consta de 1952 artículos y su organización es la siguiente:

TÍTULO PRELIMINAR. De las acciones y excepciones.

Capítulo I. De las acciones.

Capítulo II. De las excepciones.

Libro Primero. Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa, voluntaria y mixta.

Título I. Reglas generales, con 7 capítulos.

Título II. De las competencias, con 4 capítulos.

Título III. De los impedimentos, recusaciones y excusas, con 8 capítulos.

Título IV. De los actos prejudiciales, con 3 capítulos.

Título V. De la prueba, con 12 capítulos.

Título VI. De los alegatos y de la citación a sentencia.

Título VII. De las sentencias, con 2 capítulos.

Título VIII. De los recursos, con 5 capítulos.

Título IX. De la ejecución de sentencia, con 3 capítulos.

Título X. Del secuestro y los remates, con 2 capítulos.

Título XI. De los incidentes, con 2 capítulos.

Título XII. De las tercerías.

Libro Segundo. De la jurisdicción contenciosa.

Título I. Del juicio ordinario, con 4 capítulos.

Título II. De los juicios extraordinarios.

Capítulo I. Del juicio sumario, con 4 secciones.

Capítulo II. Del juicio ejecutivo, con 3 secciones.

Capítulo III. Del juicio verbal, con 3 secciones.

Capítulo IV. De los interdictos, con 7 secciones.

Capítulo V. Del juicio arbitral, con 7 secciones.

Capítulo VI. Del procedimiento convencional.

Libro Tercero. De la jurisdicción voluntaria.

Título ÚNICO. Con 13 capítulos.

Libro Cuarto. De la jurisdicción mixta.

Título I. De los concursos, con 7 capítulos.

Título II. De los juicios hereditarios, con 13 capítulos.

En el juicio ordinario, si las partes no promovían prueba, se pasaba a la etapa de alegatos pero, si las partes promovieran alguna prueba, los alegatos eran después de su publicación o después de las pruebas de tachas.

En cambio, en los juicios extraordinarios, el término para la prueba no podía excederse de 20 días y, dentro de éste podía alegar y probar las tachas que tuvieren los testigos, así como cualquier clase de instrumentos; asimismo, para la prueba principal no podían presentarse más de diez testigos y

cinco para las tachas; dicho ordenamiento legal reconocía como medios de prueba los siguientes:

- a).- Confesión, judicial o extrajudicial.
- b).- Instrumentos públicos y solemnes.
- c).- Documentos privados.
- d).- Juicio de peritos.
- e).- Reconocimiento judicial o inspección judicial.
- f).- Testigos.
- g).- Fama pública.
- h).- Presunciones.

Después de 1884 existieron orientaciones para mejorar la legislación procesal y al efecto se formularon diferentes iniciativas con ese objeto. La necesidad de reformar la legislación procesal de 1884, era vislumbrada años antes de iniciada la misma, pues no daba nada novedoso, sino un refrito de las leyes de 1872 y de 1880, es decir, solo tenía reforma de las reformas ya existentes en las leyes anteriores, pero el motor que aceleró dicho cambio lo fue la publicación del código de 1928.¹⁵⁹

El código trata de las diligencias para mejor proveer en el artículo 129, el cual es una copia del artículo 175 del Código de 1880.

¹⁵⁹ *Ibíd*em, p. 37-42

4.6. Código De Procedimientos Civiles De 1932

El proyecto del nuevo código se da a conocer y se solicitó a los sectores públicos y privados, que realizaran observaciones con relación a todas aquellas materias que formaban parte integral del código procesal. El código de 1932 se elaboró en tres años, tiempo en el que se invirtió gran cantidad de pensamientos e ideas de grandes jurisconsultos y conocedores de la materia, aportando opiniones e iniciativas en relación a la materia. Este ordenamiento fue elogiado en su momento por distinguidos procesalistas en virtud de la orientación científico modernista ya que su surgimiento perfilaba la tendencia hacia la realización del ideal procesalista y que es el juicio oral en toda su plenitud; asimismo consagra la verdad real sobre las formalidades del derecho procesal civil entre las ramas del Derecho Público, con lo que se logran notables adelantos y pone los procedimientos en armonía con las corrientes que informan la técnica procesal moderna y confía el desarrollo del procedimiento al juez a quien **se le dota de amplias facultades para investigar la verdad no solo en beneficio de las partes, sino de la sociedad entera** y, como novedad, el código introduce un capítulo especial de Justicia de paz, sencilla y donde se olvida de formalismos y rituales.

El Código de Procedimientos Civiles de 1932, mismo que a la fecha se encuentra vigente, aunque con algunas reformas que han sido necesarias derivadas de los avances sociales y tecnológicos de la sociedad, fue concluido el 12 de abril de 1932 y aprobado el 12 de julio de ese mismo año, ha sido el modelo de varias legislaciones estatales en nuestro país, ya que lo que se busca en un sistema orgánico procedimental es tratar de que impere por parte del Estado, el deber o el interés obligacional de una eficaz y pronta administración de justicia.

El ordenamiento legal en comento, fue elaborado, como se ha dicho, por un grupo de juristas de gran renombre, como lo son, Gabriel García Rojas, José Castillo Larrañaga y Rafael Gual Vidal, quienes con gran influencia de los

Códigos de 1872, 1880 y 1884, pudieron concluir dicha legislación; dicha legislación fue expedida el 29 de agosto de 1932 por el Presidente Pascual Ortiz Rubio y publicado en el Diario Oficial de la Federación del 1 al 21 de septiembre del mismo año, entrando en vigencia a partir del 1 de octubre de 1932.

Este código se encuentra constituido por 939 artículos repartidos en quince títulos con sus correspondientes capítulos, más 47 artículos dedicados a la Justicia de Paz y 16 transitorios.

El Código de 1932 introdujo modificaciones en la regulación del proceso civil que en su momento fueron surgimientos muy importantes para el derecho procesal, en efecto, el principio de preclusión; la regla de que las excepciones se deben hacer valer en la contestación de demanda; **los mayores poderes otorgados al juez para decretar de oficio la práctica de pruebas (artículo 278 y 279) “prueba para mejor proveer”¹⁶⁰**; la oralidad en la recepción de pruebas; el sistema de libertad de valoración razonada de las pruebas, entre otros; innovaciones que de ninguna manera impidieron que el proceso civil siguiera con su formalidad de que debía ser por escrito, sin intermediación entre las partes en el proceso y con un desarrollo del procedimiento dividido y lento derivado de un disfuncional sistema de impugnaciones, incidentes y tercerías que hacen que la justicia pronta y expedita quede en letra muerta.¹⁶¹

Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga comentan en relación al contenido del código en comentario lo siguiente: *“En general, desde el capítulo de “acciones”, que da una pauta a jueces y litigantes, hasta la justicia de paz, que es esencialmente simple y rápida, encontramos en el ordenamiento que el derecho procesal queda encuadrado entre las ramas del derecho público; que al juez se le*

¹⁶⁰ Ídem.

¹⁶¹ Ídem.

dan amplísimas facultades para investigar la verdad; pero en el juicio se suprime la oscuridad y la dilación; que se hace un ensayo del juicio oral, que se abrevian trámites, se fija la litis, los recursos se modifican, se establece el juicio arbitral en forma práctica y, en una palabra, se trata de conseguir el anhelo de los procesalistas modernos, algo más que una simple especulación que permita percibir dentro de su conjunto en forma clara, los elementos que deben jugar el papel preponderante en la organización del sistema procesal y el de las partes, garantía de justicia y de economía para obtener la pacificación social.”¹⁶²

Como podemos observar, fue justo en el Código de Procedimientos Civiles de 1932 cuando se incorporó en México la figura jurídica, materia de la presente tesis, de la “Prueba para Mejor Proveer”, que lo considera como un poder o facultad discrecional que se le confiere al juez para que de oficio y a su criterio discrecional ordene la práctica de ciertas pruebas que, a su consideración, resulten necesarias en el proceso para que en el momento de dictar sentencia definitiva, la misma sea totalmente apegada a derecho y justa.

No cabe duda que el Código de 1932, con independencia de los anteriores que en su momento fueron importantes, es el de mayor trascendencia para nuestro derecho, en especial en la materia procesal, pues tratar de obtener un perfeccionamiento del proceso, así como la introducción de nuevas figuras jurídicas importantes y revolucionarias para su época, marco de manera especial el derecho procesal mexicano, sin embargo, la realidad es que en la actualidad, nos encontramos atrapados en 1932, aunque con algunas reformas que fueron necesarias por los momentos y el tiempo que vivimos, pero el derecho procesal actual no ha avanzado, se ha quedado estancado en esa época, motivo por el cual, resulta de gran urgencia e importancia la necesidad no solo de reformar ciertos artículos, sino de crear un nuevo Código de Procedimientos Civiles, el cual debe

¹⁶² DE PINA, Rafael, *et. al.*, *Derecho procesal ...*, op. cit, p. 50.

tener fundamento principal en el Código de 1932, pero trasladado a la actualidad tanto en costumbres, situaciones, vida, tiempos, etc., pues no basta con hacer reformas a ciertos artículos que a veces, lejos de beneficiar el proceso, lo perjudican pues se complica con artículos que no se reforman y que se contradicen o bien, se obtiene un avance en algunas cuestiones, pero se detiene al momento de llegar a la parte final que no fue modificada para la vida actual.¹⁶³

¹⁶³ CERVANTES MARTINEZ, Daniel., op. cit., p. 42

CAPITULO II

LA PRUEBA

1.- PRINCIPIOS PROCESALES

Ronald Dworkin, uno de los más connotados exponentes de la teoría contemporánea del derecho, llama *principio*, en modo genérico, al conjunto de los estándares que no son normas, dentro de las cuales distingue las directrices y los principios en estricto sentido.¹⁶⁴

Llama directriz a la especie de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente en mejora de algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Principio *strictu sensu*, llama a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia o de la equidad.¹⁶⁵

Para el mencionado docente, existen diferencias entre normas y principios: las normas son aplicables a la manera de disyuntivas, es decir, si los hechos que presupone una norma están dados, entonces la norma es aplicable –en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada- o bien no lo es- y entonces no aporta nada a la decisión-. Las normas son o no son, se aplican o no, no tienen ámbitos intermedios. Los principios en cambio, no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación, sino que más bien enuncian una razón que discurre en una sola dirección pero que no se traduce en

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, p. 72.

¹⁶⁵ Ídem.

una decisión fáctica en particular, lo cual les da una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia.¹⁶⁶

Por su parte, Humberto Briseño Sierra, explica que principio, de primun capere o primun caput, significa idea de preferencia y procedencia, por lo que se ha sostenido que era el origen de una cosa o aquello de donde procedía, para afirmar que los principios jurídicos son los pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización legal de un determinado orden positivo: ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una nación.¹⁶⁷

Discurriendo en la misma línea, el ilustre José Luis Vázquez Sotelo, ha señalado que todo principio representa un criterio o idea fundamental que configura, inspira y domina una institución o materia.¹⁶⁸

Montero Aroca, señala que hoy, cuando se habla de principios se hace referencia a las ideas base de determinados conjuntos de normas, ideas que se deducen de la propia ley aunque no está expresamente formulada en ella. Su valor no es sólo teórico; las repercusiones prácticas de los principios pueden manifestarse en diferentes campos: 1) Como elemento auxiliar de la interpretación, 2) Como elemento integrador de la analogía para los supuestos de la laguna legal, y 3) Como marco teórico para las discusiones de *lege ferenda*.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Ídem.

¹⁶⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Los principios del derecho procesal*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXI, No. 81-82, enero-junio de 1971, p. 29.

¹⁶⁸ VAZQUEZ SOTELO, José Luis, *Los principios del proceso civil (ensayo doctrinal en Responsa Iurispritorum Digesta)*, Editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000, p. 112.

¹⁶⁹ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, parte general, 10ª. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo I, 2000, p. 312.

El proceso nace, entonces, como un método para resolver racional, pacífica y definitivamente el conflicto intersubjetivo de intereses.

Por supuesto, el proceso no es el único método de resolución racional y pacífica del conflicto. Las partes pueden disolver el conflicto mediante un acuerdo directo o través de alguien que los ayuda a acercar sus posiciones. Lo que distingue al proceso de los demás métodos es que el conflicto sale de la esfera de decisión de las propias partes. Las partes reconocen su incapacidad para componerse y la necesidad que sea otro –alguien *ajeno* a los intereses en juego– quien resuelva por ellas. Este tercero, luego de escucharlas *en perfecto pie de igualdad*, emite una decisión que pone fin al conflicto *para siempre* y que aquellas deben forzosamente acatar. En el relato, los jueces están sentados, serenos, atentos y silentes y sólo después de escuchar a ambos contendientes, cada cual, emitirá su veredicto.

El proceso es, en resumidas cuentas, “*el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad. Y no otra cosa*”.¹⁷⁰

2.- SISTEMAS PROCESALES

El vocablo proceso proviene del latín “*processus*”, que a la vez, deriva de “*pro*”, cuyo significado es para adelante, y “*cedere*”, que significa caer o caminar. Por lo que en lenguaje jurídico, connota un desenvolvimiento, una sucesión de actos que se dirigen a un fin, como lo sería la declaración o a la

¹⁷⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal. Garantía de Libertad*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal–Culzoni Editores, 2009, vol. I, p. 41-43.

ejecución de algún derecho.

“Siguiendo a Vescovi, el proceso es el conjunto de actos dirigidos a un fin: la solución del conflicto (composición de litigio, satisfacción de pretensiones, etc.) y resulta, en último término, un instrumento para cumplir los objetivos del Estado: imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho y a la vez, brindar a estos la tutela jurídica.”¹⁷¹

De lo antedicho, se entenderá al sistema procesal como el conjunto determinado o esquemas de regulación, encaminados o dirigidos a realizar un fin específico, en este caso el derecho procesal penal se encuadra como el sistema y al proceso se le confiere el significado antes mencionado, así pues los sistemas procesales son los grandes esquemas de regulación, las grandes alternativas que tiene el legislador al momento de dar vida a un cuerpo o regular la estructura que se manifestará en el proceso

Ahora bien, con la finalidad de entender perfectamente el sistema probatorio que nos rige, resulta indispensable conocer cuáles son los sistemas procesales que existen en el derecho y cuál de estos es el que rige nuestro proceso, para lo cual resulta necesario hacer un análisis de cada uno de ellos.

2.1. Sistema Inquisitivo

El sistema inquisitivo lo encontramos generalmente en todos los países con un régimen absolutista. Se basa fundamentalmente en el hecho de que el juez ejerce el poder que le ha sido conferido o delegado por el soberano; además

¹⁷¹ VESCOVI citado por RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito A., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 6ª Edición, Grijley, Lima, 2005, p.51.

de ser el juzgador, es un investigador con poderes amplísimos e inclusive, dentro de sus facultades, se encuentra la de ser acusador, si es necesario.

Este tipo de procesos contiene un amplísimo poder que se les otorga a los órganos jurisdiccionales y, por lo tanto, son muy limitadas las posibilidades de actividad de los particulares frente al poder jurisdiccional estatal.

Cipriano Gómez Lara manifiesta que: *El proceso inquisitivo se caracteriza básicamente, porque hay una ruptura de la triangularidad de la relación procesal, puesto que el juzgador se ve investido de amplísimos poderes, a tal punto que los convierten, no solamente en un sujeto parcial y supra partes, sino que lo hacen igualmente parte del proceso* ¹⁷².

Los antecedentes históricos del sistema inquisitivo datan de la Edad Media, cuando la Iglesia católica, a medida que va ganando preminencia en el favor de los monarcas y señores feudales y, aumentan su poder político, va gestando gradualmente el sistema inquisitivo junto con la institución del Santo Oficio de cuyos tribunales de la Inquisición va a tomar su nombre. Y es en 1198 cuando la Decretal de Qualiter et Quando obra del Papa Inocencio III, sistematiza el procedimiento criminal que van a utilizar dichos tribunales para perseguir y castigar a los presuntos culpables de los delitos heréticos. Ningún procedimiento más alejado de las garantías para el inculpado y de los principios religiosos de la bondad y la piedad que decía defender.¹⁷³

El procedimiento inquisitivo tenía un funcionamiento oficioso desde el momento de la denuncia o del rumor público, por lo que era necesario

¹⁷² GOMEZ LARA, Cipriano, *Derecho...*, op. cit., p. 20.

¹⁷³ PRIETO MORALES, Aldo, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Enpes, La Habana, Tomo I, 1982, p. 16.

detener al acusado y, si se le estimaba responsable, era cruelmente torturado hasta obtener su confesión, método muy utilizado y sin fallas, ya que muchas veces se lograba obtener una confesión derivado de que el inculpado, aun siendo inocente, prefería aceptar la supuesta responsabilidad, aunque no hubiese cometido el ilícito, con la finalidad de que no se le continuara torturando.¹⁷⁴

Aunque generalmente se dice que fue en España donde tuvo la Inquisición su labor más destacada, principalmente durante el reinado de Felipe II, no puede dejarse de señalar su actuación en Italia, donde la República de Venecia (llamada la Serenísima y gobernada por una oligarquía de familias poderosas) el procedimientos inquisitivo alcanzó una perfecta organización. Bastaba una denuncia depositada en las bocas del León de San Marcos, para que el poder coercitivo del Estado comenzara a actuar colocando en una de sus múltiples mazmorras al así inculpado que, posteriormente, era juzgado y sancionado en el mayor secreto, sin darle oportunidad alguna de defenderse y demostrar, si era el caso, su inocencia.¹⁷⁵

El procedimiento inquisitivo sirvió magníficamente a los monarcas absolutos para defender sus omnímodos poderes. Las *lettres de cachet* constituyeron la cima del procedimiento abusivo utilizado. Por medio de ellas (simples oficios o mandamientos del juez o una autoridad policiaca) se recluía e incomunicaba a los enemigos políticos sin sujeción a término ni a procedimiento alguno. La Revolución Francesa combatió este sistema; el ataque y la toma de la Bastilla por el pueblo parisien el 14 de julio de 1789, fue la manifestación más evidente del repudio del pueblo al régimen opresor y al procedimiento abusivo simbolizado en dicha fortaleza, donde se recluía a los presos políticos.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Ídem.

¹⁷⁵ Ídem.

¹⁷⁶ Ibídem, p. 18.

Entre las principales características del sistema inquisitivo encontramos las siguientes:

- a).- Se da, principalmente, en materia penal.
- b).- El acusador se identifica con el juez.
- c).- El juez ejerce el poder jurisdiccional ilimitadamente
- d).- Los actos de acusación, defensa y decisión se concentran en el juez ¹⁷⁷
- e).- En lo que atañe a las formas de expresión, prevalece lo escrito sobre lo oral y la instrucción y el juicio son secretos ¹⁷⁸
- f).- La prueba está tasada en su valor.
- g).- El juez tiene una amplia discreción dentro de las pruebas que señala la ley ¹⁷⁹
- h).- La privación de la libertad está sujeta al capricho de quien ostenta la autoridad.
- i).- El uso del tormento prevalece para obtener la confesión ¹⁸⁰

¹⁷⁷ COLIN SANCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 74.

¹⁷⁸ RIVERA SILVA, Manuel, *Procedimiento penal*, Editorial Porrúa, México, 1958,, p. 154.

¹⁷⁹ Ídem.

¹⁰ COLIN SANCHEZ, Guillermo, op. cit, p. 74.

¹¹ RIVERA SILVA, Manuel, op. cit., p. 154.

Rivera Silva¹⁸¹ manifiesta que “En el sistema inquisitivo predomina el interés social sobre el particular. No espera la iniciativa privada para poner en marcha la maquinaria judicial. Oficiosamente principia y continúa todas las indagaciones necesarias”

2.2. Sistema Dispositivo

El proceso dispositivo surge con la Revolución Francesa y surge como una reacción en contra del proceso inquisitivo, cuya nota característica consistía en la facultad extraordinaria de que el juez disponía para la investigación de los hechos.

*En el proceso dispositivo, el Estado es un ente de autoridad, tiene sus atribuciones perfectamente delimitadas, y por tanto hace solamente lo que la ley le autoriza. Las partes, al contrario de lo que ocurría en el proceso inquisitivo, pueden disponer del proceso y de aquí la denominación. El juez por lo tanto, queda como un espectador pasivo de la contienda, dicta su resolución determinando a quien le correspondió la razón jurídica. El juez debe ser absolutamente imparcial frente a las partes, y esa imparcialidad es la mejor garantía de igualdad entre las partes frente al Estado*¹⁸²

Leonardo Prieto Castro¹⁸³ señala que: “El sistema dispositivo no es sino la consecuencia procesal del principio de libertad contractual del derecho civil, pues se sostiene que, en cuanto a las partes están en situación e disponer, de modo vinculante, a sus intereses materiales, también deben estar en la de disponer sobre la suerte de los mismos en el juicio, adoptando la postura que estimen

¹⁸² GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría...*, op. cit., p. 74.

¹⁸³ PRIETO CASTRO, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, Editorial Reus, Madrid, 1947, p. 81.

conveniente. Por otro lado, las partes son las más interesadas en conseguir el triunfo en el proceso, de modo que puede abandonársele sin tener la iniciativa, confiando en que su celo defensivo hará ver al juez todos los aspectos y matices del negocio.”

“El juez ante el principio dispositivo funcionando en toda su intensidad, es un mero espectador del proceso, que parece contemplar impávido su desarrollo, para utilizar en la etapa o en el momento definitivo los elementos que las partes han aportado o hecho aportar a los autos; el juez puede incluso percibir la inutilidad de todo lo que se está haciendo en el proceso, por razón de su nulidad; y dejará que el proceso siga avanzando sin advertir a las partes que están actuando sobre el vacío; en cuanto a los elementos probatorios, ningún deber ni casi ninguna facultad le corresponden al juez, al menos durante ese itinerario a lo largo del cual las partes tienen el señorío del proceso.¹⁸⁴”

“El sistema dispositivo, en sentido amplio, pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objetivo e impulsión del proceso y de aportación de las pruebas.”¹⁸⁵

Las partes impulsan el proceso; el juez no puede actuar sino a petición de éstas; si dichas partes no actúan, el proceso no avanza, e inclusive se puede extinguir por el transcurso de un plazo. Por eso se dice que las partes disponen del proceso; de ellas depende que éste continúe o no.

Por su parte, José Ovalle Favela sostiene “Las partes tienen el poder de disponer del derecho material controvertido, ya sea en forma unilateral (a

¹⁸⁴ SENTIS MELENDO, Santiago, *El Proceso civil*, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1957, p. 112.

¹⁸⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría...*, op. cit., p. 78.

través del desistimiento de la acción o más exactamente, de la pretensión y del allanamiento) o en forma bilateral (por medio de una transacción)¹⁸⁶

Las principales características del proceso dispositivo son:

- a).- El ejercicio de la acción penal en sus formas activa y pasiva pertenece a las partes y no al juez.¹⁸⁷
- b).- A nadie se le puede obligar a intentar proseguir una acción contra su voluntad.
- c).- Las partes tienen, en exclusiva, la facultad de iniciar, impulsar o poner en término al proceso, es decir, disponen libremente de él¹⁸⁸.
- d).- No se puede obligar al demandado a oponer excepciones y defensas, ni siquiera a negar la demanda.
- e).- “Las partes fijan el objeto del proceso *thema decidendum* a través de las afirmaciones contenidas en sus escritos de demanda y contestación a la misma. El juez no puede resolver más allá (*ultra petita*) o fuera (*extra petita*) de lo pedido por las partes¹⁸⁹.”
- f).- La aportación de las pruebas y formulación de los alegatos han de hacerla las partes, conforme a las reglas que rigen las cargas de la prueba y la exposición de los alegatos.

¹⁸⁶ OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1989, p. 11.

¹⁸⁷ PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Diccionario...*, op. cit., p. 635.

¹⁸⁸ TORRES DIAZ, Luis, *Teoría General del Proceso*, Editorial Cárdenas, México, 1987, p. 138.

¹⁸⁹ OVALLE FAVELA, José, *Derecho...*, op. cit, p. 11.

g).- El juez se limita a presidir la contienda sin posibilidad de intervenir a favor de alguna de las partes. Simplemente hace que se cumplan las reglas del juego procesal.

h).- Sólo las partes están legitimadas para impugnar las resoluciones del jugador y la revisión de éstas debe circunscribirse a los aspectos impugnados por las partes¹⁹⁰.

i).- Los jueces deben sentenciar según lo alegado y probado en autos, respetando siempre los términos en que se formuló la Litis, sin poder hacer valer hechos diversos.

De todo lo anterior, podemos resumir que el sistema dispositivo, en sentido amplio, pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulso del proceso y de aportación de las pruebas y el juez no puede intervenir en el mismo, sino a petición de éstas; si las partes no actúan, el proceso no avanza e inclusive se puede extinguir o prescribir por el transcurso de un plazo. Por eso se dice que las partes disponen del proceso, ya que de ellas depende que éste continúe o no.¹⁹¹

En el sistema dispositivo el proceso no puede iniciarse de oficio; el juez no puede tomar en cuenta hechos ni medio de prueba que no hubiesen sido aportados por las partes; deben tenerse por ciertos los hechos sobre los cuales las partes estén de acuerdo; la sentencia debe ser de acuerdo a lo alegado y probado. Este sistema es un reflejo en el campo procesal de la autonomía de la voluntad dentro de los límites que la ley señala.

¹⁹⁰ Ídem.

¹⁹¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría...*, op. cit., p. 78

2.3. Sistema Publicista

El sistema publicista nació como consecuencia de la necesidad de aminorar los excesos a los que había llegado el liberalismo. Es un intento para atenuar las aberraciones a que se había llegado con un proceso dispositivo exagerado y mal entendido. Hay una ampliación del ámbito de los poderes del estado, a través del juez, con un sentido tutelar y proteccionista de los intereses de la clase de los débiles, es decir, una intención y un propósito para lograr el bienestar común con un espíritu de tutela de las clases más expuestas a sufrir las desigualdades y las injusticias que propició el liberalismo y el capitalismo¹⁹².

En el sistema publicista, el juez ya no va a ser el simple espectador pasivo de la contienda, sino que toma en consideración la posición de cada parte, para mantener la igualdad de los litigantes.

Se entiende por igualdad de las partes, análogas posibilidades de expresión y de prueba, en la etapa del conocimiento; admitir dentro de términos reducidos los medios de defensa necesarios para evitar dilaciones en el proceso.

“Son, sobre todo, los factores económicos los que tienden por lo general a desequilibrar la situación de los litigantes; así un proceso largo pone a la parte económicamente débil en la dificultad de aguardar años una sentencia que generalmente no resarce los derechos lesionados. Por lo que es necesario disponer de medidas tendientes a las más rápida y económica tramitación del proceso.¹⁹³”

¹⁹² GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría ...*, op. cit., p. 74.

¹⁹³ AREAL, Leonardo Jorge, Facultades del juez en material civil, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Tomo V, 1964, p. 800.

El proceso publicista reconoce que la igualdad de las partes no existe ahí donde contienden dos sujetos social y económicamente desiguales, por lo que es necesario dotar al juez de medios que posibiliten esa igualdad en la contienda. La corriente publicista del proceso se viene imponiendo en las llamadas ramas del derecho social, en el que se comprende generalmente el derecho laboral y el derecho agrario; matiza algunas instituciones del derecho procesal penal y tiene manifestaciones muy importantes en el juicio de amparo.¹⁹⁴

La finalidad del proceso publicista consiste en la obligación del juez de auxiliar a la parte más débil; esta finalidad sólo se alcanza mediante dos instituciones procesales que vienen a posibilitar esa aspiración y que por lo mismo, están ausentes en el sistema dispositivo. Esas dos instituciones son, por una parte, la prueba para mejor proveer, y por la otra, la suplencia de la queja.

En la prueba para mejor proveer, el juez puede ordenar, aunque la parte no lo solicite, el desahogo de todo tipo de diligencias probatorias.¹⁹⁵

Esto implica que el juez ya no está rigurosamente supeditado para resolver la contienda con base en las pruebas que las partes consideraron adecuadas para acreditar sus respectivas afirmaciones, sino que ahora está facultado para ordenar que se realicen las comprobaciones que juzgue necesarias para llegar a establecer la realidad de los hechos aducidos en la contienda.

Y es precisamente en este momento de la humanidad y de la historia del derecho cuando, por primera vez, surge la facultad potestativa que se le infiere al juzgador denominada **“prueba para mejor proveer”**, por tanto, en este

¹⁹⁴ TORRES DIAZ, Luis, op. cit., p. 140.

¹⁹⁵ GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría ...*, op. cit., p. 75.

sistema se dan los inicios de tal figura jurídica la cual fue adoptada por nuestro sistema jurídico muchos años después y que es materia de la presente investigación.

La suplencia de la queja consiste en la posibilidad del juez o tribunal de traer al proceso los razonamientos o los argumentos no aducidos por una parte débil o torpe. Es decir, se viene a contrariar aquí el principio de sentenciar según lo alegado y probado¹⁹⁶.

La suplencia de la queja tiene, en el juicio de amparo, su más alto grado de desarrollo como institución protectora de los intereses de los trabajadores, procesados, quejosos, menores de edad o incapaces, así como de los núcleos de población ejidal o comunal, de ejidatarios, comuneros, entre otros.

“El proceso publicista viene a significar derogación, en materia procesal, de los principios dispositivos, de autonomía de la voluntad, y del individualismo, precisamente para colocarse en los extremos contrarios de no dispositivismo, limitación de la autonomía de la voluntad y tendencia hacia la protección de intereses sociales o colectivos¹⁹⁷.”

Se ha cuestionado sobre si la facultad potestativa conferida al juez para tutelar los derechos de la parte débil y desprotegida, no rompe con el principio de imparcialidad esencial en el ejercicio de la función jurisdiccional. Al respecto, se dice que esta crítica debería encaminarse a la persona del juzgador que falla un asunto por interés, amistad, etc., más no cuando hace uso de los medios que estima adecuados para descubrir la verdad material y resolver la controversia,

¹⁹⁶ Ídem.

¹⁹⁷ Ídem.

pues en el momento en el que solicita la aportación de cierta probanza, el juzgador ignora a quien de las partes va a beneficiar la misma, ya que puede ser tanto al débil como a la otra parte.¹⁹⁸

Las características del sistema publicista son:

- a).- Contempla una ampliación del ámbito de los poderes del Estado a través del juez con un sentido tutelar y proteccionista de las clases económicamente débiles.
- b).- El juez ya no va a ser el simple espectador pasivo de la contienda, sino que auxilia al torpe o débil frente al poderoso.
- c).- El juez puede ordenar, aunque la parte no lo solicite, el desahogo de todo tipo de diligencias probatorias.
- d).- El juez puede traer al proceso argumentaciones o consideraciones no aducidas por la parte.
- e).- Es un sistema procesal quien socializa el derecho en beneficio de la clase desprotegida.¹⁹⁹

3.- SINTESIS HISTÓRICA DE LA PRUEBA

En la evolución del derecho probatorio no siempre existe una coincidencia de lo ideológico con las instituciones positivas, lo cual solo se produce en períodos culturales cerrados y perfectos, que se consideran, históricamente, excepcionales. En ese orden de ideas, podemos señalar que lo ideológico y lo

¹⁹⁸ TORRES DÍAZ, Luis., op. cit., p. 143.

¹⁹⁹ GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría...*, op. cit., p. 74 y 75.

científico, sirven de pauta a la ordenación positiva, aunque en ocasiones, es el propio derecho positivo el factor de progresión cultural.²⁰⁰

Tampoco hay que tener la errónea idea de que el derecho probatorio, ha tenido un progreso histórico constante ascendente, pues en diversas etapas de la evolución del derecho, hemos observado movimientos regresivos de errores, que se tenían completamente superados.²⁰¹

No obstante a lo anterior, se puede mantener la idea de que el derecho procesal civil actual deriva del llamado común que se conoció con el nombre de longobardo. De igual manera, es indispensable al tratar la evolución histórica de la prueba, a las conclusiones que se ha llegado en el campo filosófico, ya que la prueba se caracteriza como concepto lógico y pre-jurídico que desde el plano funcional se nos aparece como lógica aplicada, incorporada a la teoría del proceso. Dicha evolución histórica de la prueba en el campo de la filosofía, surge del pensamiento griego por medio de la teoría de los signos con los que se constituye el núcleo de la apariencia retórica (pues la lógica de lo presente y visible lleva una implicación a la reconstrucción imaginativa como si se intuyera en toda dimensión lo que se ha calificado de misterio del juicio y del proceso).²⁰²

Finalmente y sin entrar en controversia en relación a si la contribución de la lógica es o no marginal, y sin tomar partido entre las diferencias de la llamada prueba lógica y la jurídica, es lo cierto que el estudio de la evolución histórica de las distintas direcciones filosóficas explica múltiples problemas del derecho probatorio, tal como ha surgido en el campo de la filosofía, que con referencia a lo jurídico se han constatado signos de inquietud en relación a las

²⁰⁰ SILVA MELERO, Valentín., *La prueba...*, op.cit, p. 1.

²⁰¹ Ídem.

²⁰² *Ibíd.*, p. 2 y 3.

posiciones tradicionales, proclamándose la autonomía de la llamada lógica del derecho.²⁰³

4.- CONCEPTO DE LA PRUEBA (NOCIÓN Y UNIDAD CONCEPTUAL DE LA PRUEBA)

La palabra prueba tiene una gran importancia dentro de la vida jurídica, ya que sin ella sería imposible la administración de justicia en forma eficaz, puesto que el juez no tendría los elementos necesarios para poder dictar una sentencia. *“Por eso se ha podido decir, exactamente, que quien tiene un derecho y carece de los medios probatorios para hacerlo valer ante los tribunales en caso necesario no tiene más que la sombra de un derecho”*²⁰⁴

El vocablo prueba no es exclusiva del derecho o del ámbito jurídico, sino que la misma es empleada en diversas áreas y disciplinas humanas, por lo que con la prueba se pueden llegar a probar acontecimientos de índole histórico, científico y metodológico, entre otros, lo que resulta que la misma es de gran importancia, repito, no solo en el ámbito jurídico, sino en todos.

“Etimológicamente, la palabra prueba proviene del adverbio *probe*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende; según otros autores y de acuerdo a lo que expresan varias leyes del Derecho Romano, la palabra prueba viene de la raíz *probandum*, que significa recomendar, probar, experimentar, patentizar, hacer fe, es igual a una simple acción y efecto de probar”.²⁰⁵

²⁰³ Ídem.

²⁰⁴ DE PINA, Rafael, et. al., *Derecho ...*, op. cit. p. 272.

²⁰⁵ VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, Imprenta de Gaspar y Roig Editores, Madrid, Tomo II, 1936, p. 133.

“En sentido estrictamente gramatical, la palabra prueba expresa la acción y efecto de probar, y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa”²⁰⁶

De acuerdo a los criterios sostenidos por diversos autores como lo son Cipriano Gómez Lara, José Ovalle Favela, Niceto Alcalá-Zamora, entre otros, podemos aplicar al concepto de prueba dos sentidos:

1).- Sentido Estricto.- Que no es otra cosa más que la obtención del cercioramiento judicial acerca de los hechos indispensables para la resolución del conflicto sometido a prueba.

2).- Sentido Amplio.- Comprende todas las actividades procesales que se realizan a fin de obtener dicho cercioramiento con independencia de que se obtenga o no el mismo.

En ese orden de ideas, podemos decir que probar no es otra cosa más que una actividad que se dirige a la verificación de los hechos en los que se basa o funda un juicio.

Devis Echendía dice que *“probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. La prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”*²⁰⁷

²⁰⁶ Ibídem, p. 277.

²⁰⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría...*, op. cit., p. 34.

El mismo autor expresa que existe prueba suficiente en el proceso, cuando en él aparece un conjunto de razones o motivos que produzcan el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley le autoriza. ²⁰⁸

En un sentido meramente jurídico procesal, José Ovalle Favela, entiende por prueba lo siguiente:

1).- Conjunto de instituciones por las cuales se trata de dar al juzgador la certeza sobre las cuestiones controvertidas.

2).- La prueba designa el desarrollo formal de la fase probatoria del proceso.

3).- Es un conjunto de actos de probar o susceptibles de pruebas.

4).- Es el resultado que se da en el proceso.

5).- Es la razón, motivo o argumento que hacen tener por verificados las afirmaciones o negaciones que están en el proceso. ²⁰⁹

Ahora bien, la prueba como sustantivo de probar, es un procedimiento dirigido a la verificación del mismo, aunque en realidad no es un procedimiento común y general, sino que es un *quid* que sirve para fundamentar debidamente una razón, por tanto, la prueba es algo que se utiliza como instrumento elemental y esencial no tanto del procedimiento en cuanto al derecho, ni del

²⁰⁸ Ídem.

²⁰⁹ OVALLE FAVELA, José, *Derecho ...*, op. cit., p. 125.

procedimiento del conocimiento general, sino que sin ellas el derecho no podría conseguir su objeto primordial.

Para Lessona: *“Probar, en sentido jurídico, significa hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser.”*²¹⁰

Díaz de León manifiesta que *“...la prueba es, pues, un juicio, una idea que denota necesidad ineludible de demostración, verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso.”*²¹¹

Para Prieto Castro, *“La prueba es la actividad que desarrollan las partes con el tribunal para llevar al juez a la convicción de la verdad de una afirmación o para fijar los efectos procesales.”*²¹²

*“Con el término prueba se indica también el medio que sirve para probar, el recibimiento del mismo (la práctica de la prueba) y el resultado conseguido por la actividad probatoria”*²¹³

Alsina dice que *“En su aceptación lógica, probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su significado corriente expresa una operación mental de comparación. Desde este punto de vista, la prueba judicial es*

²¹⁰LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Editorial Reus, Madrid, Tomo I, 1928, p. 3.

²¹¹ DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Tratado sobre las pruebas penales*, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 49.

²¹² PRIETO CASTRO, Leonardo, *Cuestiones...*, op. cit., p. 12.

²¹³ Ídem.

*la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla.”*²¹⁴

Por lo antes expuesto podemos concluir que en el término prueba tiene, al menos, tres acepciones:

a).- La prueba es una carga procesal, puesto que representa una facultad cuyo ejercicio aparece necesario para el logro del propio interés. Tanto el actor como el demandado necesitan probar los hechos que afirman para poder obtener una resolución favorable.

b).- La palabra prueba se emplea para designar los medios de prueba, es decir, los instrumentos con los que se pretende lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos.

c).- La prueba es el resultado positivo conseguido por la actividad probatoria.

Por otro lado, si es posible hablar de una unidad de derecho, e incluso desde el punto de vista del derecho sustancial se ha intentado un acercamiento entre el derecho civil y el penal, a través de la noción única para todo el ordenamiento jurídico de la ilicitud, parece más sencillo intentar la unidad en lo que se refiere a los principios fundamentales en la materia objeto de nuestro estudio, ya que, existe un común denominador, que es el proceso.²¹⁵

²¹⁴ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ediciones Ediar, Buenos Aires, Tomo III, 1958, p.224.

²¹⁵ SILVA MELERO, Valentín., *La prueba ...*, op. cit. p. 45

No obstante a lo sostenido por Silva Melero, es necesario determinar cuáles pueden ser los principios comunes, así como las notas diferenciales en pruebas, en relación con los diversos procesos.

Desde el punto de vista de la prueba, las diferencias se apreciaban en que el círculo de las mismas aparecía más restringido en el proceso penal, al no admitirse en él el juramento del inculpado; en la existencia de pruebas legales, en el civil: en la imposibilidad de un desistimiento por parte del inculpado, en el penal, con ausencia de una carga de la prueba en sentencia formal y de presunciones jurisdiccionales; en la especial situación del inculpado rebelde, y en la distinta manera de entender la cosa juzgada.²¹⁶

No se trata de desconocer la existencia de diferenciar, sino de patentizar que ambos tipos de proceso pueden ser unificados doctrinalmente, desde el punto de vista de los conceptos fundamentales en lo que la prueba respecta, sin duda, porque si nos fijamos, la prueba en su sentido procesal, sólo tiene lugar en la fase del juicio oral, con lo que no cabe eludir analogía fundamental con el proceso civil; por otra parte, el proceso civil tampoco desconoce las diligencias preliminares, a veces con facultades por parte del juez, de carácter inquisitivo en algunos aspectos, o actos que no pertenecen propiamente a la jurisdicción contenciosa, y que hay que separar técnicamente del proceso de conocimientos propiamente dicho.²¹⁷

Cabe, pues, mantener el criterio de una unidad conceptual del proceso en materia reprobatoria, sin dejar de reconocer las diferencias que responden

²¹⁶ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, et. al., *Derecho procesal penal mexicano*, Editorial Porrúa, México, Tomo III, 1945, p. 37.

²¹⁷ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p.47-48

a técnicas diferentes en los distintos procesos, al desenvolverse procesalmente las diferentes pretensiones.²¹⁸

5.- LA PRUEBA Y LA VERDAD

Cuando se considera el problema del “*iter*” de la sentencia, se observa que la actividad decisoria del órgano jurisdiccional tiene como soporte una compleja operación lógica que consiste en comprobar en qué medida el supuesto hecho corresponde a la hipótesis en la ley.²¹⁹

Prueba, en cuanto al resultado final del convencimiento del juez, que viene a ser un paso entre el supuesto de hecho concreto y el hecho objetivo, supone que antes de proceder a la calificación jurídica, se debe obtener la de los hechos mismos en términos de certeza y cómo repercute al final la demostración de la verdad del hecho, lo cual constituye, desde el punto de vista funcional, un juicio de valor en elección de elementos idóneos, para determinar las semejanzas entre el hecho concreto y el que aparece previsto en la norma.²²⁰

Carnelutti sostiene que entre los hechos no afirmados por ninguna de las partes, y que existen para el juez dentro del proceso civil, y los hechos afirmados por todas las partes, se encuentra la zona neutra de los hechos afirmados tan sólo por una o alguna de las partes, es decir, hechos no admitidos que pueden existir o no, y que son los llamados hechos controvertidos que constituyen la regla en materia de prueba. El juez se encuentra aquí frente a la afirmación de una parte y la negación de la otra, es decir, ante la discusión de un hecho, y es necesario proporcionarle el medio, o al menos indicar la vía para

²¹⁸ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Derecho...*, op. cit., p. 44

²¹⁹ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 34 y 35.

²²⁰ Ídem.

resolver la discusión, es decir, para fijar en la sentencia los hechos no admitidos por las partes.²²¹

La finalidad de la prueba con el discutido problema de la verdad, se observa que en la fase procesal calificada de conocimientos, la demostración de la certeza histórica de los hechos controvertidos, depende exclusivamente de la prueba que sirve para convencer al juez sobre la certeza de los hechos, que son el fundamento de la relación jurídico-litigiosa. Si nos referimos a la certeza o representación subjetiva de la verdad histórica a través de la convicción, es necesario insistir en las expresiones generalizadas en la doctrina procesal que se conocen con los nombres de “verdad material” y “verdad formal”.²²²

Por verdad material se entiende la certeza histórica adquirida en el proceso por medio de uno o varios medios de prueba, como resultado debe ser apreciado por el juez con absoluta libertad de criterio, ya sea que las partes faciliten el material probatorio o que el propio juez supla con su iniciativa las lagunas de la instrucción.²²³ Aquí el autor, habla de la prueba para mejor proveer, al señalar que el juzgador puede suplir con su iniciativa la laguna que se da en ese momento.

Por verdad formal entendemos la certeza adquirida en el proceso, no a través de una crítica libremente ejercida sobre los resultados de la prueba por el órgano judicial, sino en virtud de un sistema legal de fijación definitiva de los hechos.²²⁴

²²¹ CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, traducción de ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Editorial Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 29.

²²² SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 38.

²²³ SENTIS MELENDO, Santiago, *El proceso...*, op. cit. p. 153.

²²⁴ SILVA MELERO, Valentín., *La prueba...*, op. cit. p. 39.

Guasp, ha dicho que los términos de verdad formal y verdad material, han de considerarse terminológicamente erróneos, ya que la distinción es sólo aparente, por no haber una verdad opuesta a la otra, pues sólo hay una verdad.²²⁵

6.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA

“Decíamos al principio que la prueba puede tener valor extraprocesal y conexiones claras con el derecho sustantivo, lo que significa que todas las normas probatorias, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, tengan este carácter, por la razón de su finalidad. En último término prueba material y procesal pueden valorarse como dos instituciones diversas, en que es posible percibir elementos comunes; pero en tanto se desenvuelven dentro del proceso, a los fines de obtener el convencimiento judicial sobre la existencia o inexistencia de un hecho, parece bastante claro que su naturaleza procesal no puede ser puesta en duda, aunque su regulación aparezca paralelamente en el derecho sustantivo y en el derecho procesal, en lo que afecta al proceso civil”²²⁶

Las discrepancias que existen sobre la naturaleza jurídica de las pruebas se resumen en la autonomía o no del derecho de acción, considerando a éste como un *quid* dentro del derecho sustancial verdadero y propio.²²⁷

La realidad es que como decía Chiovenda, los dogmas relativos a la prueba tienen o no naturaleza procesal, según aparezcan determinadas por razones procesales, pues no hay que perder de vista que no todas las normas que regulan la prueba aparecen siempre dictadas con vistas a un proceso, y, en último

²²⁵ GUASP, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1943., p. 85.

²²⁶ ALCALA-ZAMORA, Niceto, *Derecho...*, op. cit., p. 44.

²²⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Revista de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Tomo VI, 1943., p. 4.

término determinar aquella naturaleza jurídica, en misión del intérprete, a quien le incumbe fijar la *ratio legis* en el caso concreto.²²⁸

Existen criterios diferenciales, al respecto, y son:

a).- Fundamental, en el que se presume que las razones que han sugerido la norma son de orden procesal, y tienen, por fin la formación del convencimiento judicial;

b).- Particulares, en donde la limitación del libre convencimiento es solamente el medio de conducir a una distinta reglamentación sustancial de la relación jurídica.

Las disposiciones legales que regulan la prueba documental con valor sustantivo, y las presunciones legales, son un claro ejemplo de ello. Por lo demás, no se puede negar que existe un interés desde el punto de vista de la validez temporal y espacial de las normas.²²⁹

7.- TEORÍA DE LA PRUEBA Y LA ESPECIFICIDAD DE LA PRUEBA PROCESAL

“Hablar de una teoría de la prueba, presupone la aceptación de la teoría general del proceso y de su significación, por lo que toca a la universalidad de ésta y al hecho de que abarca cualquier tipo de enjuiciamiento independientemente del contenido característico de éste...y es que en el fondo, se vuelve a plantear en la materia probatoria, lo relativo a la unidad o a la diversidad

²²⁸ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 41

²²⁹ Ídem.

de la disciplina científica. La ciencia procesal reclamando para sí todo lo relativo a la prueba, postula los principios de ésta, como válidos y universales para cualquier tipo de proceso; por el contrario, la tendencia separatista, implicaría una actitud que nos parece insostenible, de pretender autonomía científica en el tratamiento de la prueba, en función del tipo de proceso, para tener así una prueba civil, una prueba penal, una laboral y una prueba administrativa”²³⁰

Sentís Melendo ²³¹ señala el contenido de lo probatorio, en cualquier materia jurídica, lo divide en dos: a).- General, en la que tenemos el concepto de prueba, el objeto del tema material de la prueba, las fuentes y medios de prueba, el sistema probatorio, las cargas y facultades (quien ha de probar), la adquisición procesal, el procedimiento probatorio, la apreciación y valoración de la prueba, y; b).- Especial, la cual comprende el estudio de los diferentes medios de prueba en particular

Por su parte, Alcalá Zamora²³², de una manera sintetizada del derecho procesal, señala que las divergencias se buscan por 3 caminos: a).- Utilización preferente de tal o cual medio de prueba (testigos en la penal, documentos en lo civil); b).- criterio valorativo; c).- ordenación procedimental. En relación a la utilización preferente, además de obedecer a consideraciones del derecho sustantivo relacionadas con la manera habitual de producirse el correspondiente conflicto, refleja tan solo una tendencia, pero de manera alguna entraña una regla absoluta, según revela el hecho de que los códigos procesales civiles, se ocupen de la prueba testifical y a la inversa, los del enjuiciamiento criminal

²³⁰ GOMEZ LARA, Cipriano, *La prueba en el derecho mexicano del trabajo*, Revista de la Facultad de Derecho Mexicana, Editorial UNAM, núm. 72, oct-dic, México, 1968, p. 831-832.

²³¹ SENTIS MELENDO, Santiago, *Introducción al Derecho Probatorio en estudios procesales*, Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1965, p. 565.

²³² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Introducción al estudio de la prueba*, Editorial Universidad de Concepción, Concepción, 1965, p. 115-116.

de los documentos. Por lo que concierne a la apreciación, el régimen de prueba legal o tasada, presenta los mismo rasgos sea cual fuere la zona en que se aplique y otro tanto acontece con el de la libre convicción, que además por su propia índole, escapa a toda formación jurídica y se contenta con remitirse a la conciencia judicial y con el de sana crítica que opera por igual respecto de toda suerte de contiendas. Finalmente y en relación a las discrepancias procedimentales, la circunstancia de que alguno que otro trámite referente a la recepción de la prueba testimonial o de la pericial en material civil sea diferente a lo practicado en materia penal, no destruye la unidad esencial de uno y de otro en ambos campos procesales.

“En ocasiones se ha pretendido asimilar la prueba procesal a la prueba científica, es decir, a la prueba que se diseña para la comprobación de hipótesis que, en caso de que efectivamente se verifiquen de acuerdo con el método científico, se convierten en nuevas teorías o contribuyen o modifican las ya existentes.”²³³

Debemos dejar muy claro que la prueba procesal recae sobre hechos pasados y concretos y su fin es crear en los juzgadores elementos suficientes para formar un criterio y poder dictar sentencia; no pretende crear o modificar una teoría existente, ni probar hipótesis de los hechos. Las diferencias entre la prueba procesal y la científica, parecen desvanecerse cuando se comparan con la prueba en la investigación científica y fue, precisamente, Calamandrei, el primero en comentar la similitud del método que cumple el juez para llegar al conocimiento de los hechos controvertidos, y el que el historiador emplea para determinar la verdad o la falsedad de los sucesos que estudia.²³⁴

²³³ OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, Editorial Harla, México, 1994, p. 306.

²³⁴ CALAMANDREI, Piero, *El juez y el historiador, en estudios sobre el proceso civil*, traducción de Sentís Melendo, Santiago, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 105.

El propio Calamandrei, se encargó de puntualizar las diferencias que existen entre el juez y el historiador dentro de la investigación de los hechos y, concluyó, que en sí la misma investigación del juzgador es de tipo histórico, aunque con ciertas diferencias, que son:

a).- Ambos tienen como objeto de investigación hechos pasados sobre los cuales vierten un juicio; pero el juez no escoge los hechos sobre los cuales recae el juicio, desconoce los hechos objeto de prueba, pues por principio general del derecho probatorio, la prohibición del juez de aplicar su conocimiento privado sobre hechos porque implica sustraer ese conocimiento al principio de contradicción y porque no puede ser juez y testigo en el mismo proceso. En cambio, el historiador escoge los hechos que desea investigar con total libertad, aunado a que los hechos no son conocidos personalmente por el historiador y no hay impedimento para que investigue un hecho por el presenciado.²³⁵

b).- Para obtener los datos preexistentes a la investigación, el juzgador puede utilizar los medios de prueba como la confesión; documentales; periciales; testimoniales e inspecciones judiciales y, en los casos que la ley prevé, la presunción; aquí lo trascendente es el método que el juzgador utiliza para obtener los medios de prueba mencionados y hoy día, *aún y cuando algunas leyes facultan al juez para ordenar de oficio la práctica de ciertas pruebas que a su consideración son necesarias para llegar a la verdad de los hechos*, en la práctica el juez solo conoce de aquellos medios de prueba ofrecidos y aportados por las partes. En cambio, el historiador tiene una mayor libertad para allegarse a las fuentes del conocimiento y recurrir a sus medios de prueba, así como que no tiene limitaciones en tiempos.²³⁶

²³⁵ ALCALA-ZAMORA, Niceto, et. al., *Derecho...*, op. cit., p. 60-61.

²³⁶ OVALLE FAVELA, José, *Teoría...*, op. cit., p. 308.

c).- La investigación debe estar garantizada de imparcialidad y objetividad; para el historiador no representa ningún obstáculo, ya que no le impide recabar con toda libertad e informalidad las fuentes de conocimiento fidedignas a su criterio. Sin embargo, para el juzgador, la imparcialidad es una exigencia para la formación de un juicio y la dirección del proceso, así como un límite en el ejercicio de sus facultades de prueba que le impide infringir en el derecho de las partes para ofrecer y practicar la prueba, como las reglas que atribuyen a las partes el deber probar tales fundamentos de hecho.²³⁷

d).- La función de la formulación del juicio, a través del cual se individualizan los hechos concretos son muy diferentes, ya que con el juicio sobre hechos el historiador termina su investigación , pero para el juzgador, el jurídico sobre los hechos no es un fin en sí mismo, sino un medio para poder resolver el litigio ya que el juicio sobre los hechos no pretende establecer una verdad histórica, material u objetiva, sino que se limita a expresar la certeza obtenida por el juzgador de los medios de prueba practicados durante el proceso.²³⁸

e).- Finalmente, en cuanto a las valoraciones, la crítica de las fuentes se basará en su carácter fidedigno o no; en la autenticidad o no de los documentos, en la congruencia o no de los demás hechos históricos demostrados.²³⁹

La valoración de las pruebas se podrá realizar por alguno de los siguientes sistemas²⁴⁰:

²³⁷ *Ibíd*em, p. 309.

²³⁸ *Ibíd*em, p. 310.

²³⁹ *Ibíd*em, p. 311.

²⁴⁰ *Ídem*.

1.- Prueba legal, en el que el legislador establece el valor que se da a cada medio de prueba.

2.- Libre apreciación razonada o sana crítica, que faculta al juzgador a determinar concretamente la fuerza probatoria y;

3.- Mixto, que combina las dos anteriores.

Estos sistemas están sujetos a los principios y disposiciones jurídicas que regulan la prueba y el proceso.

En cualquiera de los sistemas, la valoración del juzgador estará sujeta al principio de la legalidad en sentido amplio y el juez deberá motivar y expresar la motivación de su sentencia, de sus argumentos y razones que tuvo para conceder o negar valor probatorio a cada uno de los medios de prueba practicados en el proceso.²⁴¹

8.- DERECHO PROBATORIO Y LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

El proceso es un instrumento jurídico por medio del cual se obtiene la actuación de la ley o del derecho objetivo, la tutela de derechos subjetivos, la actuación de una pretensión, mediante órganos del estado plenamente autorizados para ello.²⁴²

²⁴¹ *Ibíd.*, p. 312.

²⁴² GOMEZ LARA, Cipriano, *Derecho...*, op. cit., p. 88.

*“El derecho probatorio es el conjunto de normas jurídicas relativas a la prueba, o el conjunto de normas jurídicas que reglamenten los procedimientos de verificación de afirmaciones sobre hechos o sobre cuestiones.”*²⁴³

Para alcanzar la finalidad del derecho probatorio se producen en todo desenvolvimiento procesal diversos períodos que se concretan o fases de planteamiento, discusión y decisión que en conjunto, constituyen el llamado derecho probatorio y que responde a varios principios probatorios.²⁴⁴

Ahora bien, por lo que respecta al tema de los principios rectores del derecho probatorio o de la prueba procesal, los diversos autores de la materia, han tenido diversas dificultades para entrar a su estudio. Al igual que en el tema relativo a los principios procesales, estamos muy lejos de alcanzar una uniformidad doctrinal.²⁴⁵

Eduardo Pallares,²⁴⁶ con relación a los principios generales relativos a la prueba señala los siguientes:

- 1).- El juez no debe juzgar por el conocimiento extraprocesal que tenga de los hechos controvertidos, sino por el que se desprende de los autos.
- 2).- Las pruebas deben ser producidas por las partes aunque en algunos casos la ley faculta al juez para producirlo.
- 3).- Las pruebas deberán rendirse en debate contradictorio.

²⁴³ Ídem.

²⁴⁴ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 25-26.

²⁴⁵ GOMEZ LARA, Cipriano, *Derecho...*, op. cit., p. 89.

²⁴⁶ PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 374-375.

4).- No han de admitirse pruebas impertinentes, contra el derecho, inmorales o que se refieran a hechos imposibles o notorios y contrarias a la dignidad del hombre.

5).- Las partes pueden producir las pruebas, durante el término de prueba.

6).- Las pruebas rendidas en un juicio pueden hacerse valer en otro diverso, cuando en el primero ha sido oída la parte contraria la cual se hace valer.

7).- Las máximas de la experiencia no necesitan ser probadas.

8).- Se puede obligar a las partes a producir una prueba que las perjudica.

9).- Todas las pruebas para su eficacia deben ser documentadas, excepto la de presunciones, pues lo que debe documentarse en estas es el hecho en que se fundan.

10).- La enunciación de los medios de prueba hecha por el código no implica una jerarquía entre las mismas.

11).- Las pruebas rendidas en contravención de las reglas que las rigen son nulas.

12).- Las leyes que determinan cuales son los medios de prueba y su valor probatorio pertenecen al derecho sustantivo; las que fijan los procedimientos según los cuales deben rendirse al procesal.

13).- La nueva ley no debe desconocer los medios de prueba que otorgaba la anterior ni su eficacia probatoria, bajo pena de violar el principio de no retroactividad.

14).- La prueba es esencial al juicio cuando en éste se discuten cuestiones de hecho.

15).- Las leyes relativas a la prueba son de orden público y no pueden ser derogadas por las particulares.

Ovalle Favela²⁴⁷, con un criterio más riguroso y sistemático, enuncia los siguientes principios:

- a) Principio de necesidad de la prueba.
- b) Principio de prohibición de aplicar el conocimiento privado.
- c) Principio de adquisición de la prueba.
- d) Principio de contradicción de la prueba.
- e) Principio de igualdad de aportación para la prueba.
- f) Principio de publicidad de la prueba
- g) Principio de inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba.

Valentín Silva²⁴⁸, postula como principios del derecho probatorio los siguientes:

- 1) Principio de autorresponsabilidad de las partes.
- 2) Principio de contradicción
- 3) Principio e veracidad
- 4) Principio de libre apreciación con excepción
- 5) Principio de adquisición procesal

²⁴⁷ OVALLE FAVELA, José., *Derecho...*, op. cit., p.127- 129.

²⁴⁸ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 26.

- 6) Principio de inmediación
- 7) Principio de publicidad
- 8) Principio de necesidad

Después de haber puntualizado los diversos criterios que existen respecto a los principios de la prueba o del derecho probatorio, analicemos el significado de cada uno de ellos.

Principio de autorresponsabilidad de las partes.- Desde el punto de vista del derecho probatorio, quiere expresar que la parte soporta las consecuencias de su inactividad, de su negligencia e incluso de sus errores, cuando éstos no son subsanables y, naturalmente, también las consecuencias de los actos intencionales o maliciosos.²⁴⁹

Principio de contradicción.- Su naturaleza es “nadie puede ser condenado sin ser oído”, lo que significa no solo la posibilidad de contraponer afirmaciones como fuente de información, o alegaciones, sino la posibilidad recíproca de proponer pruebas contra pruebas. Es decir, la parte contra quien se propone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla incluido el ejercicio de su derecho de contraprobar.²⁵⁰

Principio de veracidad.- Dicho principio responde a la idea de que el proceso debe tender a la reconstrucción de hechos y de la situación jurídica tal y como ocurrieron o están ocurriendo; se trata de una verdad, no absoluta, sino legal o parcial, que ha sido calificada como “justa en su modo de formación pero no en su contenido” y que si bien es bastante expresiva no es admisible con

²⁴⁹ *Ibíd*em, p. 26.

²⁵⁰ GOMEZ LARA, Cipriano, *Derecho...*, op. cit., p. 92.

características generales, ya que su fin es llegar a que sea justa en todos los casos.²⁵¹

Principio de libre apreciación.- Se basa en que la decisión judicial debe responder a una convicción libremente formada, consecuencia de la valoración de los elementos probatorios aportados al proceso. La excepción puede ser la exigencia de valorar determinadas pruebas conforme a lo previsto en la ley para supuestos concretos, pero ello no contradice más que de un modo relativo, el libre consentimiento.²⁵²

Principio de adquisición procesal.- Significa que la actividad probatoria de cada parte, se adquiere conjuntamente por todas las que interrogan en el proceso, intervención recíproca y cuyos resultados afectan de manera conjunta a las partes favorable o desfavorablemente, independientemente de los deseos o propósitos que se hayan propuesto en la prueba.

En el proceso penal, si la parte ha hecho suyas las pruebas de la adversario, la renuncia no determina necesariamente que no se practique la prueba por quien la propuesto. En materia laboral, comenzada la práctica de la prueba, la renuncia no impide que se continúe con ésta.²⁵³

En síntesis, este principio se refiere a que una vez ofrecida la prueba, ésta ya no pertenece al autor o al oferente, sino al proceso.

²⁵¹ SILVA MELERO, Valentín., *La prueba...*, op. cit. p 27.

²⁵² Ídem.

²⁵³ *Ibíd*em, p. 28.

Principio de Inmediación.- Implica una particular aplicación de aquel otro más amplio, de concentración procesal y que se traduce en la integral y directa percepción por parte del juez de la prueba. Este principio aparece en su plenitud en el proceso penal y, en cuanto al proceso civil, también debe admitirse ésta.²⁵⁴

Lo que este principio denota es que es el juzgador quien debe dirigir la producción de la prueba, lo que implica variaciones en cuanto al tipo de procedimiento, ya sea oral o escrito, pues cada uno tiene su manera de ofrecerse y desahogarse las pruebas.

Principio de publicidad.- Con este principio se busca el que el proceso sea desenvuelto de tal forma que sea posible que terceras personas lo reconstruyan las motivaciones que determinan la decisión con referencia al presente y al futuro. Su fundamento se basa en la posibilidad de fiscalizar la actividad jurisdiccional en beneficio del tribunal.²⁵⁵

Este principio implica la posibilidad de que las partes y terceras personas puedan reconstruir las motivaciones que determinan la decisión judicial; es decir, que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deban ser conocidos por las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en este.²⁵⁶

Principio de necesidad.- Es la consecuencia de que el juez debe resolver conforme a lo alegado y probado, es decir, el principio de

²⁵⁴ Ídem.

²⁵⁵ Ídem.

²⁵⁶ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho...*, op. cit., p. 92.

congruencia, por lo que la pruebas indispensable²⁵⁷; sin embargo, los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial necesita ser demostrado mediante pruebas aportadas por las partes o por el juez.

Principio de prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, este principio no necesita una explicación determinada, ya que el mismo nos señala que se le prohíbe al juez aplicar sus conocimientos sobre los hechos del proceso los cuales son de carácter público, al respecto, es importante señalar que dicho principio ha sido muy debatido doctrinalmente y existen diversas posturas en contrario.²⁵⁸

Principio de igualdad de oportunidades para la prueba, las partes tienen las mismas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas.²⁵⁹

Valentín Silva²⁶⁰, señala que además de estos principios, también cabría el de lealtad procesal por el cual las partes deben de colaborar a la obtención de la voluntad de la ley, subordinando el interés del individuo a una sentencia justa, así como el de legitimidad de las fuentes de prueba, conforme al de libre convicción del juez, el cual se concreta en la necesidad de que dentro de la esfera en la que se desenvuelve la actividad del juez, se tienen que eliminar los elementos probatorios que no quepan para deducir los requisitos de certeza, es decir, que deben ser excluidas todas las calificaciones de fuentes impuras de prueba.

²⁵⁷ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 29.

²⁵⁸ Ídem.

²⁵⁹ Ídem.

²⁶⁰ *Ibídem*, p. 29-30

9.- PRINCIPIO DE EQUIDAD E IGUALDAD JURÍDICA

El antecedente histórico directo del concepto de equidad se encuentra en Aristóteles, quien habla de la *Epiqueya* como la prudente adaptación de la ley general, a fin de aplicarla al caso concreto. La equidad era para Aristóteles, en sí, una forma de la justicia.²⁶¹

En la época moderna Lumia ha definido la equidad como el juicio atemperado y conveniente que la ley confía al juez: la equidad constituye el máximo de discrecionalidad que la ley concede al juez en algunos casos; cuando la singularidad de ciertas relaciones se presta mal a una disciplina uniforme: de igual manera; señala que la equidad no debe confundirse con el mero arbitrio; porque esto significaría un mal uso por parte del juez de sus poderes: En cambio cuando decide conforme a equidad respeta aquellos principios de justicia que se encuentran recibidos por el ordenamiento jurídico positivo o que son compartidos por la conciencia común.²⁶²

El principio de igualdad significa que a supuestos de hecho iguales se le debe aplicar consecuencias jurídicas también iguales, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, pero no olvidemos que no lo debemos tratar como igualdad de trato, sino como igualdad de oportunidades, noción que va más allá del trato, instando a medidas o acciones positivas.

²⁶¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario jurídico mexicano.*, Editorial Porrúa, México, Tomo II, 1987, p. 1293.

²⁶²LUMIA, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho.*, traducción de Jardón, Alberto, Editorial Reus., Madrid, 1978., p. 95.

Dicho lo anterior, podemos señalar que la cláusula de igualdad implica una justificación de la desigualdad, dentro de los límites de lo que se considera justificado, razonable y proporcional, dependiendo del ámbito territorial, espacial y temporal en que se analiza.²⁶³

En el derecho mexicano, el artículo 14 constitucional da lugar a la aplicación del criterio de equidad en los juicios civiles al permitir que las sentencias de los tribunales se funden en la ley o en la interpretación jurídica de la ley, la cual puede estar basada en criterios de equidad. A falta de ley aplicable, permite que la sentencia se funde en los principios generales del derecho, permitiendo otra posibilidad para la aplicación del criterio de equidad.²⁶⁴

De lo anterior, podemos determinar que tal principio lleva implícitos dos significados, uno de valor y otro como en sí mismo, como principio. La razón de tal situación se basa en que dichos significados, en virtud de la fuerza normativa de que se les impregna, han de ser considerados por jueces y magistrados en el momento de conocer de una causa, por una parte, y, por la otra, de estimar por parte del tribunal constitucional, si ha lugar o no a considerar que tal principio ha sido vulnerado por el propio juez o tribunal en el momento de aplicar la ley y emitir una resolución judicial.

En este contexto, la igualdad ante la ley se entiende como una consecuencia de la generalidad y abstracción de la norma, con una eficacia *erga omnes* que implica el sometimiento igual de todos los individuos al ordenamiento jurídico, así como el derecho que todos tenemos a recibir la protección de los derechos que el artículo 14 constitucional nos reconoce como gobernados. Tal

²⁶³ NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989, p. 28.

²⁶⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS., *op. cit.*, p. 1294.

reconocimiento de trato igual va a proyectarse, sobre todo, en el ámbito de la aplicación de la ley. Lo que se denomina igualdad ante la ley no significa otra cosa sino la aplicación correcta cualquiera que sea el contenido de esa ley, incluso si la ley prescribe no un trato igual sino diferente.²⁶⁵

Finalmente y siguiendo la teoría de Kelsen,²⁶⁶ podría decirse que si se considera el principio de a todos los hombres iguales, igual trato, como una aplicación del principio de igualdad, es entonces cuando estamos hablando del principio jurídico de igualdad ante la ley.

En conclusión, el principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto o caso concreto en relación con el que se invoca, puede decirse que el principio de igualdad encierra una aplicación de la ley en el sentido de que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales y, solamente, podría existir una excepción a dicho principio, si nos encontráramos ante la circunstancia de que dándose los requisitos necesarios de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produjera un tratamiento diferenciado de los mismos, como consecuencia de una conducta arbitraria del poder judicial, aún y cuando la misma se hubiera o no justificado.

²⁶⁵ KELSEN, Hans, *Justicia y derecho natural*, traducción Vernengo, Roberto J., Editorial Taurus, Madrid, 1966, p. 88.

²⁶⁶ *Ibíd.*, p. 28.

10.- EL OBJETO DE LA PRUEBA

El objeto de la prueba son los hechos dudosos y controvertidos. Las normas jurídicas no son objeto de prueba ya que se suponen sabidas por el juzgador.

Nicheli expresa que el *“objeto de la prueba está constituido por los hechos controvertidos, esto es, por aquellos cuya existencia o modalidad de ser son motivo de discusión en juicio, puesto que se impugnan por el adversario”*²⁶⁷

La declaración de que el objeto normal de la prueba son los hechos, comprende tanto a los independientes de la voluntad humana (hechos jurídicos) como a los dependientes de ésta (actos jurídicos). Es decir, que la prueba en materia 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 o bien sobre un acto jurídico.²⁶⁸

También se puede señalar que el objeto directo de la prueba es la demostración de los acontecimientos que aducen las partes y que tuvieron lugar antes de que se planteara la controversia, y que sirvieron de fundamento para la acción o excepción hecha valer en el juicio.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 284, establece:

²⁶⁷ MICHELI, Gian Antonio, op. cit., p. 112.

²⁶⁸ DE PINA, Rafael, et. al., *Derecho...*, op. cit, p. 282.

“Artículo 284: Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho.”

Cuando se dice que el objeto de la prueba son los hechos, es necesario precisar que se entiende por éstos. Davis Echandía dice que: *“En sentido jurídico se entiende por hechos: a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; c) las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos; d) la persona física humana, sus existencias y características, estado de salud, etc; e) los estados o hechos psíquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad expresa, siempre que no implique una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces corresponderá al primero.”*²⁶⁹

Algunos autores consideran las reglas de la experiencia y las normas jurídicas extranjeras y consuetudinarias como objeto de prueba distinto de los hechos; pero en cuanto que pueden ser objeto de prueba se contemplan como conductas o hechos humanos.

Para que sean considerados los hechos como objeto de la prueba se requiere que sean posibles, influyentes y pertinentes a los fines del proceso, es decir, aquellos que integran el fundamento de la pretensión formulada, los alegados o controvertidos por las partes, pues son ellas las que tratarán de

²⁶⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general...*, op. cit., p. 158.

demostrar (a través de la prueba) las afirmaciones contenidas en su demanda o en su excepción, pues los hechos ajenos a la materia de la litis no son objeto de prueba en ese proceso.

Por lo tanto, cabe mencionar que no es necesario probar los hechos confesados, los impertinentes, los imposibles, los presumidos legalmente, y los notorios. Todos ellos se analizarán detenidamente a continuación.

a).- Los hechos confesados.- No necesitan prueba los hechos confesados por las partes; en realidad no se trata de hechos excluidos de prueba sino que se trata de hechos probados anticipadamente por medio de la confesión producida en los escritos de demanda o contestación; es así, que existe confesión, cuando en su contestación el demandado reconoce expresamente los hechos afirmados por el actor en su demanda, y también la confesión resulta del silencio del demandado.²⁷⁰

Puesto que los hechos confesados son afirmaciones que no presentan discusión o controversia, sería inútil su prueba, y se estaría en contra del principio de la economía procesal.

b).- Hechos impertinentes.- Por lo que se refiere a los hechos impertinentes, diremos que no basta que los hechos afirmados o negados por las partes sean discutidos o discutibles, sino que además deben ser pertinentes, trascendentes para a resolución del conflicto.²⁷¹

²⁷⁰ DE PINA, Rafael, et. al., José, *Derecho...*, op. cit., p. 283.

²⁷¹ Ídem.

*“La calificación de impertinencia no cae sobre la prueba que no se refiere, directa o indirectamente, a los hechos alegados en el proceso. Se llama inútil a la prueba que, aún en el supuesto de un resultado positivo, no tendría eficacia para los fines del proceso en el que hubiera de practicarse.”*²⁷²

La pertinencia del hecho y su posibilidad de existencia, son requisitos para que pueda ser objeto concreto de prueba y, con mayor razón, para ser tema de ésta. Si el hecho no puede influir en la decisión su prueba es innecesaria y el juez debe rechazarla.

c).- Hechos imposibles.- Se considera hecho imposible aquel que *“...alegado por cualquiera de las partes, pertenece al mundo de la imaginación, sin que en el orden material de las cosas sea racionalmente aceptar que pueda concretarse en una realidad perceptible, bien sea producto de una anomalía mental del sujeto que los lega, bien de un propósito malicioso del mismo”*²⁷³

Para que los hechos imposibles sean excluidos de prueba, es necesario que el juzgador tome en consideración que muchos de los hechos que en determinadas épocas son estimados como imposibles por el sentido común, en otras épocas pueden llegar a ser considerados posibles debido al avance del pensamiento humano y de la ciencia.

Para Pallares el hecho imposible es: *“...aquel que de acuerdo con los conocimientos científicos de una época determinada, es contrario a las leyes de la naturaleza o que en sí mismo implique contradicción”*²⁷⁴

²⁷² Ídem.

²⁷³ Ídem.

²⁷⁴ PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil.*, Editorial Porrúa, México, 1986, p. 356.

Devis Echandía expresa: *“La imposibilidad del hecho debe aparecer como algo notorio o indudablemente absurdo, de acuerdo con el concepto de expertos y no por los conocimientos personales del juez, a menos que pertenezca a las reglas comunes de la experiencia. La imposibilidad puede referirse a los medios de prueba que la ley permite, a su absoluta e indudable incapacidad para establecer el hecho, pese a ser admitida comúnmente su existencia, como sucede con Dios o con el alma humana...”*²⁷⁵

El juez al rechazar las pruebas por imposibles de obrar con suma prudencia, y en caso de duda debe aceptarlas, ya que en la sentencia podrá calificar su mérito definitivamente.²⁷⁶

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1828, establece:

“Artículo 1828: Es imposible el hecho de que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.”

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 287, manifiesta que no se admitirán diligencias sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles.

d) Hechos presumidos legalmente.- El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 379, señala:

²⁷⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general...*, op. cit., p. 205

²⁷⁶ Ídem.

“Artículo 379.- 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”

Las presunciones legales solo excluyen (cuando son absolutas) o relevan (Cuándo son relativas) de la carga de la prueba del hecho desconocido. Es necesario, por tanto, probar el hecho del cual parte la presunción.

Rivera Silva, al referirse a la presunción indica que *“...no es una prueba especial como vulgarmente se cree, es única y exclusivamente una forma de apreciación de los hechos desconocidos. Por esta razón, las presunciones no se pueden llevar como pruebas al proceso, sino se ofrecen en los datos que los otros medios probatorios han aportado...sería más correcto denominar inducción reconstructivo (quitándole lo de prueba y suprimiéndole el nombre de presunción, el cual se refiere únicamente a un elemento del proceso que comprende); cuenta con tres elementos a saber; un hecho conocido, un hecho desconocido y un enlace necesario entre el hecho conocido y el desconocido”²⁷⁷*

e) Hechos Notorios.- *“Los hechos notorios son aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión.”²⁷⁸*

Los hechos notorios derivan de lo público y sabido de todos; por lo tanto, no necesitan probarse, sólo invocarse. Cipriano Gómez Lara nos dice

²⁷⁷ RIVERA SILVA, Manuel, *Procedimiento...*, op. cit., p. 205.

²⁷⁸ COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo Juan, *Fundamentos del derecho procesal civil.*, 3ª. Edición, Roque de Palma Editores, Buenos Aires, 1958, p. 235.

al respecto “...en el hecho notorio, en la notoriedad, se invoca un hecho que forma parte de la conciencia o del conocimiento social generalizado.”²⁷⁹

Para Guasp los hechos notorios son “*las verdades científicas, históricas, geográficas, generalmente reconocidas, así como los llamados hechos evidentes axiomáticos.*”²⁸⁰

Prieto Castro manifiesta: “*Hechos notorios son, los de fama pública que por pertenecer a la ciencia, a la vida diaria, a la historia o al comercio social, son conocidos y tenidos como ciertos por aquel círculo, más o menos grande, de personas de cultura media.*”²⁸¹

La notoriedad es un concepto esencialmente relativo; no existen hechos notorios a todos los hombres sin limitación de tiempos y de espacio. Se puede hablar de hechos notorios solamente en relación a un determinado círculo social; los habitantes de una ciudad, los que ejercen una profesión, los pertenecientes a una secta, y así sucesivamente. Pero el concepto de notoriedad no varía cualitativamente en relación al número más o menos grande de los componentes de la categoría social dentro de la cual el hecho es notorio; lo que cuenta, para determinar la notoriedad, no es la multitud de los que conocen el hecho, sino el carácter de pacífica y desinteresada certeza que este conocimiento tiene ya dentro del círculo social del que es patrimonio común.²⁸²

²⁷⁹ GOMEZ LARA, Cipriano, *Derecho...*, op. cit., p. 82.

²⁸⁰ GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Tomo I, 1968, p. 34.

²⁸¹ PRIETO CASTRO, Leonardo, *Cuestiones...*, op. cit., p. 125.

²⁸² CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 204.

Los hechos notorios se exceptúan de la prueba, bien por disposición expresa de la ley o bien, en virtud del principio de economía procesal frente a la cualidad de ciertos hechos, tan evidentes e indiscutibles, que exigir para ellos la prueba no aumentaría en lo más mínimo el grado de convicción que el juez debe tener acerca de la verdad de los mismos.

El principio de que los hechos notorios no necesitan prueba ha encontrado acogida en la legislación mexicana, ya que el artículo 286 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal establece:

“Artículo 286.- Los hechos notorios no necesitan ser probados y el juez puede invocarlos, aunque no hayan sido alegados por las partes.”

Con todo lo señalado en el presente apartado, hemos dejado muy claro el objeto de la prueba, que en conclusión, podemos determinar, que es aclarar y demostrar los hechos dudosos en los que se basa la litis.

11.- LA CARGA DE LA PRUEBA

La palabra *carga de la prueba*, implica la necesidad de ejercer una actividad procesal para obtener un resultado favorable y librarse del peligro de ser vencido en juicio.²⁸³

²⁸³ DE PINA, Rafal, et. al., José, *Derecho...*, op. cit., p. 295.

La carga de la prueba, consiste en la necesidad jurídica en que se encuentran las partes de probar determinados hechos, si quieren obtener una sentencia favorable a sus pretensiones.²⁸⁴

A través de la carga de la prueba se determina a cuál de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y suministrar las pruebas en el proceso. En otras palabras, la carga de la prueba es la aplicación a la materia probatoria del concepto general de carga procesal, entendida ésta como una situación creada por la ley para que se realice una conducta facultativa que puede ser en beneficio del propio sujeto, y cuyo incumplimiento produce una grave falta hacia él.

Para los autores De Pina y Castillo Larrañaga, *“La carga de la prueba representa el gravamen que recae sobre las partes de facilitar el material probatorio necesario al juez para formar su convicción sobre los hechos alegados por las mismas...la carga de la prueba no constituye una obligación jurídica; en el proceso civil moderno no cabe hablar de obligación de probar, sino de interés en probar. La carga de la prueba se concreta en la necesidad de observar una determinada diligencia en el proceso para evitar una resolución desfavorable. Constituye una facultad de las partes, que ejercitan su propio interés, y no un deber.”*²⁸⁵

Se puede concluir que la carga de la prueba es la necesidad que tienen las partes de aportar los medios probatorios para acreditar los hechos

²⁸⁴ PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Diccionario...*, op. cit., p. 359.

²⁸⁵ DE PINA, Rafael, et. al., *Derecho...*, op. cit., p. 295.

en que fundan sus respectivas pretensiones y, de esta forma, evitar una sentencia desfavorable.

Cuando las partes han aportado todo el elemento probatorio no se presenta ningún problema, por cuanto que el juez fallará de conformidad a lo probado. El problema, en cambio, surge cuando las partes han omitido aportar pruebas, porque entonces el juez, con base en ciertos criterios, debe apreciar a quien corresponda probar. Esto es, conoce con el nombre de distribución de la carga de la prueba.

La distribución de la carga de la prueba es la necesidad que tienen las partes de suministrar los medios probatorios para acreditar los hechos en que se basan sus pretensiones.

Respecto a la distribución de la carga de la prueba, existen ciertas reglas, según las cuales el actor y el demandado tienen la obligación de probar los hechos en que funden su pretensión o excepción, respectivamente, y sólo los hechos afirmados, no así los negados, con algunas excepciones que impone la carga de probar a la parte que los expresa (artículos 281 y 282 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y los artículos 81 y 82 del Código Federal de Procedimientos Civiles)

“Artículo 281.- Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones”

“Artículo 282.- El que niega sólo será obligado a probar:

- I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;*

- II. *Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;*
- III. *Cuando se desconozca la capacidad;*
- IV. *Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción.”*

La inversión de la carga de la prueba consiste en atribuir la carga de la prueba al litigante que, según los principios legales relativos a dicha carga, no debería tenerla. Se dijo anteriormente que el que niega no está obligado a probar su negación, pero esto tiene algunas excepciones.

Se dijo, anteriormente, que sólo los hechos son objeto de prueba, sin embargo, esto tiene una excepción ya que de acuerdo al artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F., es objeto de prueba el derecho consuetudinario.

“Artículo 284.- Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde su derecho.”

Derecho consuetudinario.- El legislador dispensa al juez el conocimiento del derecho consuetudinario que, por regla general debería tener, por la dificultad o imposibilidad material que dicho conocimiento supone.²⁸⁶

El derecho consuetudinario es la práctica de una serie de actos sociales realizados a través del tiempo, que son conocidos por determinadas personas necesariamente.²⁸⁷

²⁸⁶ PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Diccionario...*, op. cit., p. 665.

²⁸⁷ Ídem.

De Pina y De Pina Vara, consideran que el derecho consuetudinario es: “...el constituido por la costumbre cuando esto se encuentra incorporada al sistema de Derecho positivo por la voluntad expresa del juzgador.”²⁸⁸

La costumbre, es la práctica de un acto o hecho que es usado en forma reiterada al grado que va adquiriendo la fuerza de la ley; se puede decir que la costumbre tiene mucha más importancia que el uso, ya que la costumbre se establece en la generalidad de los grupos sociales en forma de precepto, mientras que el uso sólo se establece en determinados grupos sociales.

*Cuando la costumbre es alegada en un proceso, pesa sobre la parte que alega, la carga de la correspondiente demostración. Esta carga puede ser eludida o de fácil cumplimiento en los siguientes casos: a).- Cuando la costumbre es un hecho notorio y, en este caso no requiere ser probada b).- Cuando consta en sentencia pronunciada por los tribunales. En este último le es fácil a la parte interesada mencionarlas e identificarlas, debidamente, para cumplir su cometido.*²⁸⁹

12.- LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Se entiende por valoración o apreciación de las pruebas, la operación mental llevada a cabo por el juez sobre los medios de prueba que se han utilizado en el proceso. Cuando se habla de valoración de las pruebas, se comprende su estudio crítico de conjunto, tanto de los medios aportados por una parte para tratar de demostrar sus alegaciones de hechos, como los que la otra parte adujo para desvirtuarlos u oponer otros hechos.

²⁸⁸ DE PINA, Rafael, et. al., *Diccionario de derecho*, Editorial Porrúa, México, 1984, p.221.

²⁸⁹ PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Derecho...*, op. cit., p.368.

Devis Echandía: “Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”²⁹⁰

Colín Sánchez dice que “La valoración de la prueba es un acto procedimental caracterizado por el análisis en conjunto de todo lo aportado por las partes en el proceso.”²⁹¹

La valoración de los medios de prueba es una de las facultades más delicadas que han sido conferidas a los juzgadores, ya que la estimación y valoración de las mismas prepara la sentencia; el fallo que se dicte depende, fundamentalmente, de las pruebas producidas por las partes y de la valoración que haga el juez de las mismas.

En el momento de la valoración o apreciación de las pruebas la actividad probatoria llega a su punto culminante, pues es aquí donde en definitiva se sabe si han sido provechosos e inútiles los esfuerzos de las partes para tratar de convencer al juez; se puede decir que de la correcta apreciación que de las pruebas haga el juez depende el éxito del procedimiento.

Para llevar a cabo la apreciación de la prueba se han elaborado diversos sistemas a que debe sujetarse aquél cuya profesión sea la de administrar justicia. Los sistemas que la mayoría de los autores reconocen para valorar las pruebas son: a) sistema legal o tasado; b) sistema libre; c) sistema de la sana crítica, mismos que a continuación analizáramos.

²⁹⁰ DEVIS EHANDIA, Hernando, *Teoría general...*, op. cit., p. 286.

²⁹¹ COLIN SANCHEZ, Guillermo., op. cit., p. 315.

a) Sistema legal o tasado.- El sistema de la prueba legal o tasada es aquél en que la valoración de las pruebas no depende del criterio del juez, en virtud de que cada uno de los medios de prueba se encuentra de manera previa y expresa regulado por la ley; por lo tanto, el juez ha de valorar conforme a lo ordenado, prescindiendo de todo criterio personal.

Para Couture *“Las pruebas legales son aquéllas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio.”*²⁹²

Ovalle Favela, sostiene que en el sistema legal o tasado el juzgador debe sujetarse a los valores establecidos, de manera apriorística en la ley, para cada uno de los medios de prueba; en este sistema el juzgador se limita a revisar si las pruebas se practicaron respetando las exigencias legales y a reconocerles el valor que la ley les señale.²⁹³

Se sabe que este sistema, sobre todo se ha manifestado en aquellos pueblos en los que el nivel cultural y moral de los jueces ha convertido la función judicial en una actividad peligrosa para los intereses de los litigantes y para el buen decoro de la justicia. Razón por la cual se sujeta al juzgador a un sistema de leyes donde todo el procedimiento estuviese regulado, ofreciéndosele al pueblo una certeza jurídica.²⁹⁴

El inconveniente de este sistema es que mecaniza o automatiza la función del juez en tan importante aspecto del proceso, quitándole

²⁹² COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo Juan., op. cit, p. 268.

²⁹³ OVALLE FAVELA, José, *Derecho...*, op. cit., p. 170.

²⁹⁴ DE PINA, Rafael, et. al., *Derecho...*, op. cit., p. 288.

personalidad, impidiéndole formarse un criterio personal y obligándolo a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado.

El sistema de la prueba tasada, no sólo se asienta sobre la desconfianza en relación con el valor moral de la magistratura, sino en la de su incapacidad técnica y en su falta de interés por la función que le está encomendada. Pero se pierde de vista que con una magistratura de bajo nivel moral y técnico, cualquier sistema probatorio estará llamado a producir resultados lamentables.²⁹⁵

b) Sistema de la prueba libre.- Este sistema otorga al juez una absoluta libertad en la estimación de las pruebas; le concede apreciarla sin traba legal de ninguna especie, aplicando su propio criterio.

De Pina y Castillo Larrañaga señalan que *“...el sistema de la prueba libre otorga al juez una absoluta libertad en la estimación de las pruebas. El sistema de la prueba libre no sólo concede al juez el poder de apreciarla sin traba legal de ninguna especie, sino que esta potestad se extiende igualmente a la libertad de selección de las máximas de experiencia que sirven para su valoración.”*²⁹⁶

*En el sistema de la prueba libre el juez tiene la libertad para disponer de los medios de prueba conducentes a la realización de los fines específicos del proceso y debe valorarlos conforme a los dictados de su conciencia y a la responsabilidad que debe tener en el cumplimiento de sus funciones, todo lo cual se reduce a dos aspectos básicos, libertad de medios de prueba y libertad de valoración.*²⁹⁷

²⁹⁵ *Ibíd.*

²⁹⁶ *Ídem*, p. 286.

²⁹⁷ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, *op. cit.*, p. 309.

Por su parte, Couture señala: “...que la libre convicción no tiene por qué apoyarse en hechos probados ya que puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez aún por su saber privado; no es menester tampoco que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta con que el juzgador afirme que los hechos han ocurrido, sin que se vea la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida.”²⁹⁸

“El sistema de la libre convicción llevado hasta sus últimos límites, no es sino un régimen voluntarista de apreciación de la prueba, paralelo con el del derecho libre preconizado para la interpretación de la ley.”²⁹⁹

c) *Sistema de la sana crítica.* - La sana crítica como sistema de regulación de las pruebas postula que para su valoración deberá tomarse en cuenta el razonamiento hecho por el juez de manera sincera tomando como base para su apreciación, la lógica y la experiencia, así como las costumbres generales y la moralidad media imperantes en el momento en que se consideran o se valora. Es decir, se deja a la conciencia del juez decidir sobre las cuestiones de hecho, pero acatando ciertas reglas establecidas en la lógica y en la experiencia.

En este sistema, ya no es ni la voluntad del legislador ni la propia voluntad de juez la que intervienen en la valoración de la prueba, sino que lo es el raciocinio. No se puede pensar que el legislador pudiese tasar a priori el valor de una prueba en la que se requiere de la opinión de criterios científicos y no menos sería el que el juez, sin tal ayuda se atreviera a fallar conforme a la libre convicción.

²⁹⁸ COUTURE, Eduardo, op. cit., p. 274.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 275.

Por eso, el sistema de la sana crítica es el término intermedio entre el sistema legal y el sistema libre.

Para Couture³⁰⁰, este sistema configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última. Es sin duda el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal o tasada que lleva muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el sistema de la libre convicción tomado en un sentido absoluto.

El mismo autor, manifiesta que: *“Las reglas de la sana crítica son las reglas del correcto entendimiento humano, puesto que se forman por las reglas de la lógica y de la experiencia. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba...con arreglo a la sana razón y aun conocimiento experimental de las cosas”*³⁰¹

Podemos decir que la sana crítica es el análisis de los hechos en el que intervienen la lógica, la experiencia, la razón y el conocimiento humano del juzgador, quien regido por los estándares jurídicos dictará un fallo más certero y eficaz.

13.- FINALIDAD DE LA PRUEBA

Existen varias teorías que establecen lo que debe entenderse como fin de la prueba judicial, siendo las más importantes; a) La que considera

³⁰⁰ *Ibíd*em, p.270.

³⁰¹ *Ídem*.

como fin de la prueba el establecer la verdad; b) La que sostiene que con la prueba se busca producir el convencimiento del juez o llevarle la certeza necesaria para su decisión.

a).- Teoría que considera como fin de la prueba establecer la verdad.- Este teoría ha tenido seguidores entre los que destaca Betham³⁰² que dice que la prueba en sí misma no tiene un fin, sino que es un medio encaminado a un fin, el cual consiste en el descubrimiento de la verdad, o sea el establecer a existencia de los hechos verdaderos.

Para Bonnier ³⁰³ las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad. Descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad.

Para Fracmarino *“...la finalidad suprema de la prueba es la comprobación de la verdad; y cualquiera que sea la especie de la verdad que se quiere demostrar, ella no actúa como finalidad sobre la naturaleza esencial de la prueba sino por su aspecto genérico de verdad, por su aspecto específico o sea, que cualquiera que sea la naturaleza de la verdad específica a que se refiere la prueba, la naturaleza de la prueba sigue siendo una misma siempre.”*³⁰⁴

³⁰² BENTHAM, Jeremy, op. cit., p.85-86.

³⁰³ BONNIER, M. Eduardo, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, traducción de Vicente y Caravantes, José, Imprenta de la Revista Legislación, Madrid, Tomo I, 1891., p. 1.

³⁰⁴ FRAMARINO, Dei Malatesta, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Editorial Temis, Bogotá, Vol. I, 1964, p. 102.

Pallares establece que la finalidad de la prueba consiste “... *en el medio o instrumento de que se sirve el hombre para evidenciar la verdad o la falsedad de una proposición, la existencia o inexistencia de algo*”³⁰⁵. Como se observa, la finalidad de la prueba es la correcta utilización de los medios de prueba para lograr el cercioramiento de la existencia de la verdad o falsedad de los hechos narrados en el juicio.

Devis Echandía ³⁰⁶ cita a Furno el cual considera que el fin de la prueba es llevarle al juez certeza histórica relativa sobre los hechos, es decir, conduce al juzgador al conocimiento de la verdad que se busca en el juicio respecto a las pretensiones sometidas por las partes.

b).- Teoría que considera que con la prueba se busca producir el convencimiento del juez o llevarle la certeza para su decisión.

A esta teoría se acogen la mayoría de los tratadistas ya que se pretende obtener la certidumbre, la claridad sobre los hechos controvertidos, de inclinar el ánimo de juez en tal o cual sentido, para que esté en posibilidad de poder emitir su resolución, que ponga fin a la controversia.

Para Lesiona la finalidad de la prueba es: “...*todo medio que puede alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, es decir, de darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza de la existencia o de la inexistencia de aquel hecho.*”³⁰⁷

³⁰⁵ PALLARES, Eduardo, *Diccionario...* op. cit., p.661.

³⁰⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría...*, op. cit., p. 248.

³⁰⁷ LESSONA, Carlos, *Teoría...*, op. cit., p.7.

Serra Domínguez manifiesta que la finalidad de la prueba es: *“la finalidad de la prueba es formar la convicción de una persona en torno a la exactitud de una afirmación, e preciso completar el concepto en su aspecto jurídico señalando que la persona destinataria de la prueba en el proceso, y cuya convicción debe ser formada, es la del juzgador”*³⁰⁸

Cipriano Gómez Lara señala que el fin de la prueba *“...es lograr que el juez llegue a una convicción u obtenga una certeza sobre los hechos o sobre circunstancias también relativas a las pretensiones y a las resistencias de los litigantes.”*³⁰⁹

Se debe hacer lo posible para lograr que el juez llegue a una convicción o certeza, respecto a los hechos narrados en un juicio; eso se logra cuando las partes proporcionan al juzgador los medios necesarios para que se llegue al esclarecimiento de los hechos alegados.

De Pina señala *“...un hecho se considera probado cuando ha llegado a formar la convicción del juez, hasta el punto de que pueda constituir un elemento de juicio decisivo a los efectos de la sentencia.”*³¹⁰

Para Couture ³¹¹ el juez debe formarse convicción de que la prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en los juicios y que desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado.

³⁰⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, p. 359.

³⁰⁹ GOMEZ LARA, Cipriano, *Derecho...*, op. cit., p. 311.

³¹⁰ DE PINA, Rafael, *Tratado de la pruebas civiles*, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 41.

³¹¹ COUTURE, Eduardo, op. cit., p.218.

De la Plaza dice que *“El fin de la prueba es el de dar a conocer al juez los hechos de un modo claro y preciso y, a la vez, procurarle certeza sobre la existencia o inexistencia de los mismos.”*³¹²

De las tesis expuestas, la que se considera como fin de la prueba el convencimiento de juez se apega más a la realidad ya que cuando por medio de las pruebas suministradas se pronuncia la sentencia, ésta ha cumplido con su fin que es el de darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos. Si la certeza a la que llega el juez por medio de las pruebas corresponde a la realidad, se estará a la verdad; ahora bien, puede ser que mediante las pruebas ofrecidas el juez llegue a una decisión equivocada; sin embargo, la prueba cumplió con su fin que es el de formar la convicción del juez.

14.- LOS INSTRUMENTOS PROBATORIOS

a).- Los llamados medios de prueba

La expresión medios de prueba es una denominación tradicional y Florian afirma que ha sido universalmente adoptada en todos los procesos, aunque su significado no sea unánime, sino distinto e incierto. Se ha dicho que medio de prueba es todo lo que sirva para establecer la verdad de un hecho relevante para la sentencia; todo aquello que se ofrece o pueda ofrecerse a la razonable convicción del juez; en suma, se trata de un medio de conocimiento, pero corriendo el riesgo de confundir el objeto con el medio de la prueba, y por ello

³¹² DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho procesal civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p.465.

no cabe darle un significado genérico y equívoco en el que se comprendan los objetos, cosas y personas.³¹³

Guasp, Distingue entre los elementos de la prueba, que son aquellas categorías lógicas que se dan o son particularmente aplicadas a los problemas del derecho probatorio; fuentes de prueba que son operaciones mentales mediante las cuales se obtiene la convicción judicial, de las que surge tal convencimiento, y medio de prueba, que son los instrumentos que por conducto de la fuente de prueba llegan eventualmente a producir la convicción del juez y que pueden ser personas y cosas.³¹⁴

El propio autor señala que materia de la prueba es la sustancia a la que el medio va incorporado, y en que este se integra por lo tanto, sin confundirse. Tema de la prueba es el objeto de la prueba misma, aquellos datos ya introducidos en el proceso de cuya existencia o inexistencia se trata de convencer al juez.³¹⁵

b).- Admisibilidad e ilicitud

Una cuestión importante es la ilicitud o licitud de determinados medios de prueba, en relación a que se suscitan diferentes problemas que no solo afectan al derecho procesal, sino al sustantivo o material, ya que la ilicitud puede haberse producido fuera de lo procesal, como los documentos obtenidos delictivamente o información conocida por una acción criminal y que llegan al proceso por una deposición testifical. Otras veces, la ilicitud aparece en relación a

³¹³ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 66.

³¹⁴ GUASP, Jaime, *Juez y...*, op. cit., p. 347.

³¹⁵ Ídem.

un modo arbitrario o utilizar en los interrogatorios medios coactivos y la cuestión planteada en este aspecto puede concretarse en la interrogante de si el juez puede formar su convencimiento como consecuencia inmediata o remota de actuaciones contrarias a derecho.³¹⁶

La prueba se encuadra en tres postulados que se dan en diferentes momentos procesales que son la admisibilidad, que se instaura *in limine*, en el momento en que se perfila una posible actividad instructora, se trata en el deber del juez de dar paso a los medios de prueba prescritos por el ordenamiento procesal; la relevancia, que se da en el momento posterior, pues es relevante cualquier dato que el juez no puede eximirse de analizar, dentro del marco de su labor de selección y, la veracidad, que se considera como un deber jurídicamente exigible en relación a las partes y no como mera aspiración.³¹⁷

Los medios de prueba ilícitos, en sentido estrictamente jurídico, elaborados por la doctrina civilista de actuaciones contrarias a la ley o en fraude de ésta que llevan como sanción la nulidad o anulabilidad, cuya solución no puede ser otra que la de que el principio general es válido también para el derecho procesal; por eso se puede decir que la conducta contraria a derecho no consiste propiamente en la adquisición de una expresión cognoscitiva que por sí represente algo jurídicamente amorfo, sino que se refiere al modo como se obtiene, con lo que no se excluye, sino encuadra de ulteriores reflexiones, cualquier referencia análoga a las normas del Código Civil en relación con la motivación ilícita, porque es necesario destacar que como el concepto de ilicitud es único por el orden jurídico en general, es natural que se pueda hablar de interferencias o analogías, que son difíciles de

³¹⁶ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 68.

³¹⁷ Ídem.

soslayar aún en supuestos tan aparentemente dispares como la ilicitud civil y penal.³¹⁸

En síntesis, cuando los medios de prueba son ilícitos, no deben de ser admitidos y, en caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta, lo cual es bastante difícil porque, independientemente de su origen vicioso, pueden influir en la valoración de la prueba en conjunto o conforma a conciencia, pues no cabe eludir las influencias de tipo psicológico al formar el convencimiento.³¹⁹

Independientemente de lo anterior, se ha planteado la cuestión de si la inadmisibilidad de una prueba por ilicitud debe extenderse a las que le sucedan por derivación; a lo que se ha llegado a una contestación negativa, pues está claro que si las pruebas posteriores aparecen en auténtica dependencia con las que se consideran admisibles, la solución sería considerarlas inadmisibles.³²⁰

c).- Limitaciones instrumentales

Con relación a los medios de prueba, también se habla de limitaciones relativas, que son supuestos de hecho que solo pueden ser probados por medios concretos y determinados en las leyes procesales y a veces por normas de derecho privado. En nuestro derecho, la cuestión se presenta más dudosa que en otros ordenamientos jurídicos, en que parecen previstas las soluciones, ya que estas restricciones pueden afectar al principio de libre apreciación conforme a

³¹⁸ SILVA MELERO, Valentín, *Ilícitud civil y penal*, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1946, p. 4.

³¹⁹ SENTIS MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit, p. 70.

³²⁰ Ídem.

conciencia, lo cual no significa que no se plantee la duda o que pueda acreditarse ulteriormente el error, por medio de documentos o acto auténtico.³²¹

Las prohibiciones en torno a la prueba de determinados hechos pueden ser absolutas o relativas, según que impidan absolutamente cualquier prueba o solamente aquellas que puedan practicarse mediante determinado medio. Estas prohibiciones pueden restringir la libertad de prueba de dos maneras: o la exclusión de algunos hechos del tema de la prueba, en el sentido de que ningún medio puede adoptarse para acreditarlos, o determinar que algunos hechos pueden ser fijados solamente mediante medios de prueba expresamente indicados; es decir, prohibiciones absolutas o relativas. En el primer caso, hay una limitación del objeto de la prueba; en el segundo, las restricciones que afectan, no ya al objeto de la prueba, sino al medio de prueba.³²²

En cuanto a los efectos de las sentencias o en otros procesos en relación a las limitaciones de la prueba, es evidente que si ha sido decidida una cuestión de derecho civil o administrativo o canónico, el hecho considerado como presupuesto en la decisión aparecerá protegido por la cosa juzgada, y no será susceptible de prueba para confirmar su subsistencia.³²³

d).- Clasificación de los medios de prueba

Las pruebas suelen clasificarse por el fin o por el objeto, según si se trata de prueba plena o de una mera justificación, porque todos los hechos cuya demostración se exige a lo largo del proceso tienen necesidad de producir el

³²¹ Ibídem, p. 72.

³²² Ibídem, p. 73.

³²³ Ibídem., p. 74.

convencimiento judicial, o que se haya producido el estricto cumplimiento de los requisitos exigidos por la normatividad que establece la llamada prueba legal.³²⁴

Las clasificaciones han sido múltiples y en la doctrina se habla de pruebas pre -constituidas y simples; históricas y críticas; integrales o sintéticas; parciales o analíticas; legales y libres; formales y sustanciales; simples y compuestas inmediatas y mediatas; personales y reales; internas y externas; positivas y negativas; plenas y semi-plenas; de cargo o descargo; objetivas y subjetivas; principales y accesorias; las cuales han tratado de diferenciar, la prueba propiamente dicha de la premisa, indicio, conjetura, signo, señal, sospecha, término que algún autor considera equivalentes apreciando la diferencia en motivos puramente extrínsecos.³²⁵

En materia de clasificación de la prueba hay que insistir en aquellos medios probatorios que han alcanzado mayor relieve en la preocupación doctrinal aunque las clasificaciones hayan perdido moderadamente la importancia que alcanzaron en otro tiempo. En orden a su trascendencia no cabe duda que la clasificación de la prueba libre y la legal adquiere particular relieve y actualidad.

Carnelutti, señala que cuando el régimen de la prueba legal domina el resultado de la comprobación, aparece limitado y regulado, porque entonces no es la verdad material, sino la formal lo que predomina, lo que, en esencia, equivale a afirmar la equivalencia judicial del medio de fijación con el hecho a probar, por lo cual el hecho que aparece en hipótesis en la norma jurídica lo es en función de hecho que aparece como supuesto de la prueba legal, y con la conclusión

³²⁴ GOMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Tomo I., 1936, p. 274.

³²⁵ SENTIS MELENDO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 76

de que la prueba, vista desde este ángulo, puede no ser precisamente la averiguación a la verdad.³²⁶

Chiovenda afirma que la prueba legal no agota el ordenamiento del mecanismo probatorio y es, cuando más que una orientación sin duda prevalece, sin que exista contradicción porque en un mismo proceso coexistan las dos clases de prueba, legal y libre.³²⁷

Por lo que se refiere a nuestro derecho los instrumentos o medios de prueba de que las partes pueden valerse son: documentos, testimonios y peritos, si se reconducen a una sistematización rigurosamente técnica, pues si se distingue la confesión del testimonio con especial singularización en el proceso civil, no cabe duda que puede quedar englobada en la prueba testifical en sentido lato, sobre todo si se tienen en cuenta las modernas orientaciones y aún la pericia, podría reconducirse, aunque ello sea muy discutible, a un testimonio técnico.³²⁸

Por lo que se refiere a los indicios, si se valoran como orientación de carácter indicativo, aparecen generalizados en los demás medios de prueba y si se trata de las presunciones, más que instrumento probatorio, pertenecen a la técnica de la argumentación.³²⁹

No obstante a lo anterior y de acuerdo a nuestra legislación, clasificamos las pruebas en testimonio de parte o de terceros, documentos, periciales, inspección personal del juez, indicios y presunciones.

³²⁶ CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p. 56.

³²⁷ Chiovenda, Giuseppe, *Curso...*, Editorial Harla, México, Vol. VI, 1997, p. 441.

³²⁸ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 80.

³²⁹ Ídem.

15.- EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

A fin de estar en posibilidades de realizar un mejor análisis y entendimiento del procedimiento probatorio, el cual se encuentra integrado por diversos puntos, nos referiremos a cada uno de ellos de manera individual, lo que a continuación se realiza.

a).- Preconstitución de la prueba

Preconstituir una prueba es producirla o desahogarla antes del proceso. Cipriano Gómez Lara manifiesta que *“Hay razones que pueden llegar a justificar tal anticipación, por ejemplo, que las personas o cosas que vayan a examinarse estén en peligro de desaparecer o de desplazarse a otro lugar.”*³³⁰

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal reglamenta este tipo de pruebas dentro de lo dispuesto por los artículos 193 a 200, en los que se encuentra reglamentada las acciones de exhibición de cosas o documentos; el examen anticipado de testigos o la prueba confesional anticipada.

Ovalle Favela señala al respecto que *“fuera de estos casos puede surgir la duda respecto a la posibilidad de ofrecer, antes de que el juicio se inicie, desahogo de otro tipo de pruebas, a saber, dictámenes periciales, reconocimiento o inspección judicial, otros registros y demás elementos que produzcan convicción en el juzgador; el código no reglamenta estos extremos y habrá que examinar la procedencia de un ofrecimiento y desahogo anticipado de estos medios, en cada caso”*³³¹

³³⁰ GOMEZ LARA, Cipriano, *Derecho...*, op. cit., p. 102.

³³¹ OVALLE FAVELA, José, *Derecho...*, op. cit., p. 119.

De lo que resulta que para que el medio que se ofreció como prueba tenga efecto eficaces, se deberá desahogar *con citación de la parte contraria*³³², ello con la única finalidad de que sea respetado y de preservar el principio de igualdad de las partes, ya que de no haberse citado previamente a la contraria, dicha probanza no tendría ninguna eficacia judicial.

b).- Términos y plazos probatorios

Antes de entrar al fondo del tema, resulta necesario recordar la distinción entre término y plazo.

*“a).- Término, es un momento determinado y fijo; b).- Plazo, es un lapso o sucesión de momentos, es decir, un espacio de tiempo dentro del cual válidamente puede ser realizado un acto procesal.”*³³³

Para el tema que se estudia en este trabajo de investigación, el vocablo más adecuado para examinar éste es el plazo, aún y cuando nuestra ley se refiera a término, ya que el plazo lo consideramos como el lapso dentro del cual pueden desarrollarse diligencias probatorias.

Por citar algunos ejemplos y sin que ello se generalice y mucho menos se aplique a las diversas ramas del derecho, en materia civil, debemos tener en cuenta los siguientes plazos que se encuentran contemplados en el código de Procedimientos Civiles y que son:

³³² Cfr. con *el artículo 198* del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

³³³ OVALLE FAVELA, José., *Derecho...*, op. cit., p. 119.

- a).- 10 días para ofrecer pruebas (art. 290)
- b).- 30 días para desahogar pruebas (art. 299)
- c).- 15 días para la segunda audiencia de desahogo de pruebas (art.299)
- d).- 60 y 90 días de plazo extraordinario para el desahogo de pruebas fuera del D.F. o del país (art. 300).

c).- Ofrecimiento de pruebas

“El ofrecimiento de pruebas es el primero de los cuatro momentos en que se desenvuelve la etapa probatoria; los otros tres consecutivos son: la admisión, la preparación y el desahogo” ³³⁴

El ofrecimiento de pruebas es un acto procesal correspondiente a las partes; la parte que ofrece las pruebas debe relacionar las mismas con los hechos de la demanda o contestación que pretenda probar plenamente.

“En el anterior sistema procesal y tratándose del extinto juicio sumario, no existía este plazo; las pruebas debían ofrecerse precisamente en los escritos que fijaban la controversia, la regla anterior sobrevive actualmente para los asuntos familiares que conservan una tramitación especial y respecto a documentos y a testigos desde los escritos iniciales de demanda y contestación, según la reforma de mayo de 1996” ³³⁵

³³⁴ GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría*op. cit., p. 126-127.

³³⁵ GOMEZ LARA, Cipriano., *Derecho*..., op. cit., p. 104.

d).- Pruebas supervenientes

Son aquellas de las cuales la parte oferente no tenía conocimiento de su existencia en el momento o dentro del plazo de ofrecimiento de pruebas, o bien, se refiere a hechos no sucedidos hasta entonces.

Las reglas aplicables a estas pruebas, en especial con relación a las documentales, se encuentran contenidas en los artículos 95-11, 98 y 99 del Código de Procedimientos Civiles.

Gómez Lara³³⁶, sostiene que es más correcto hablar de hechos supervenientes que de pruebas supervenientes. Sin embargo, señala que pueden darse dos supuestos: uno es el de que no se tuviera conocimiento de la existencia de determinado medio probatorio en el momento del ofrecimiento; y otro es el caso propiamente del hecho superveniente que consiste en que haya un acontecimiento posterior al ofrecimiento de pruebas y que está ese hecho o que este acto sea de tal importancia para que el litigio que venga a determinar en forma muy decisiva a suerte del mismo, de tal manera que entonces la parte le dice al juez que ha habido un hecho nuevo, un acto jurídico nuevo que modifica totalmente el planteamiento inicial y es precisamente este hecho es superveniente y sobre el mismo, sobre su existencia, se ofrece esa otra prueba.

Los artículos 98 y 99 del Código de Procedimientos Civiles, establecen, el primero, la regla acerca de los documentos que deben presentar las partes desde los escritos en que se fija la litis y, el segundo, completa dicha disposición al señalar que no se admitirá ningún documentos después de concluido el desahogo de pruebas, ya que el juez los rechazara no admitiéndolos como medio

³³⁶ Ídem.

de prueba, ellos con independencia de las facultades amplias que tiene el juzgador para conocer o investigar la verdad de los hechos controvertidos.

e).- Admisión de prueba y condiciones

Es el segundo de los momentos en que se divide el procedimiento probatorio.

La admisión de pruebas, como acto de tribunal, depende de que estos o los medios de prueba que hayan ofrecido las partes sean pertinentes, idóneos y congruentes; cuya calificación única y exclusivamente lo hace el tribunal y, con independencia a ello, resulta indispensable que la prueba ofrecida este directamente relacionada con los hechos que se investigan (artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles) ya sea de la demanda o de la contestación

Es importante señalar que debido a la carga de trabajo que existe en nuestros tribunales, las partes, al ofrecer sus pruebas deben acentuar y precisar que las pruebas se relacionan con cada uno de los hechos que han de probarse con la misma, esto de acuerdo a las últimas reformas del Código de Procedimientos Civiles, ya que anteriormente era suficiente que la oferente señalara que se relacionaba con todos y cada uno de los hechos de la demanda y/o de la contestación; sin embargo, como ha quedado señalado, dicha determinación cambió porque con ello las partes solamente salían del paso y los juzgadores las admitían sin analizar si cumplían o no con los requisitos de ley y con el artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles.

Luego entonces, hoy por hoy, al ofrecer las pruebas, la parte oferente, tiene la obligación de relacionar exactamente la prueba con el hecho que

pretende demostrar con ésta y el juzgador, al momento de admitirla, debe corroborar que cumpla con los requisitos del artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles y, en caso de no ser así o de no admitir alguna probanza por cuestión diversa, debe señalar el motivo, en su auto admisorio.

f).- Forma, lugar y modo de desahogo

En este tema, no pueden darse consideraciones de tipo general, ya que cada prueba tiene sus propias reglas de ofrecimiento y para su admisión, por tanto nos deberemos de estar a los que la legislación o, en su caso, la jurisprudencia señale al respecto.

CAPITULO III

LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER

No es un secreto para nadie que las diligencias (medidas o providencias) para mejor proveer suponen una ruptura del famoso “principio dispositivo”, según el cual el juez sólo debe resolver a partir de lo alegado y probado por las partes³³⁷. En este capítulo, pretendo analizar hasta qué punto es posible admitir que se da esa ruptura, especialmente cuando, ante determinados problemas, los jueces se ven en la disyuntiva de traer o no al proceso determinado material probatorio que se considera necesario para resolver un problema de prueba o calificación.

El asunto no es de menor importancia porque refleja, al menos, dos posibles actitudes del juez: una más bien conservadora en la que el funcionario se ve a sí mismo como un operador del sistema sin mayor interés que el de cumplir con su encomienda a partir de los mínimos exigibles; y otra según la cual la misión del juez va más allá: el cumplimiento de sus deberes no se agota con el mínimo legal posible sino que amerita un esfuerzo interpretativo que tenga como finalidad la máxima convicción posible sobre la verdad de los hechos, asumida como un deber de justicia.

1.- NATURALEZA JURIDICA DE LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER

En todo proceso se producen una serie etapas o fases que son: planteamiento, discusión y decisión, incluyéndose en la fase de instrucción una

³³⁷ LARA CHAGOYAN, Roberto, *Reflexiones sobre la prueba para mejor proveer*, Ciencia Jurídica, Departamento de Derecho, Universidad de Guanajuato, Año 1, No. 1, 2011, p. 59.

actividad demostrativa que son las pruebas³³⁸. Estas facilitan o están al servicio de la última fase o etapa procesal: la sentencia.

La importancia de la prueba es unánimemente destacada por la doctrina³³⁹, coincidiendo ésta en lo indeterminado de su concepto y en la dificultad de lograr puntos comunes de partida. Prescindiendo de entrar en tales disquisiciones, nosotros avanzamos sobre lo generalmente aceptado, es decir, la prueba tiende a convencer al juez. Por ello, sería precisamente el juzgador quien sirviéndose de éstas, con un razonamiento formado y convicción deducida de ellas, dictará finalmente la sentencia. Si la importancia de las pruebas es tan grande que tiende a la convicción del juzgador y éste está facultado en el proceso civil para ordenarlas de oficio, antes de dictar sentencia, es obvio que denota, a simple vista, importancia de tales diligencias.³⁴⁰

Pero, lo destacable en verdad es la iniciativa probatoria del juez³⁴¹; ya no corresponde exclusivamente a las partes esta iniciativa, sino que es compartida por el Juzgador.

Al respecto, Cappelletti³⁴² señala que mientras el dogma de que el juez debe juzgar según lo alegado por las partes permanece resistente, no sucede tal cosa con el también antiguo dogma según el cual el juez debía juzgar, exclusivamente, teniendo en cuenta lo probado por las partes: *“La abolición, aún*

³³⁸ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, op. cit., p. 26.

³³⁹ *Ibidem*, p. 32.

³⁴⁰ MARTIN OSTOS, José de los Santos, *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981, p. 140.

³⁴¹ SENTIS MELENDO, Santiago, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, Revista de Derecho Procesal, núm. 4, 1967, p. 585. ³⁴² CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, traducción de Sentís Melendo, Santiago, 1ª. Edición, Editorial Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, p. 70.

total, es un aspecto (quizá el más importante) de la sustracción a las partes del poder de dirección formal del proceso. Este no es ya cosa de las partes, como era típicamente el lento proceso común y el proceso liberal del siglo XIX. Les queda a las partes (normalmente) privadas, el poder exclusivo de elegir entre pedir o no la tutela jurisdiccional de un (pretendido) derecho suyo; les queda a ellas el poder exclusivo de determinar los límites esenciales de la acción (límites subjetivos personae), objetivos (petitum), causales (causa petendi) y por consiguiente los límites esenciales de la decisión y del fallo (de la cosa juzgada). El juez no puede, en principio, ni obrar de oficio, ni sobrepasar aquellos límites queridos y determinados por las partes privadas.

La creciente publicidad del proceso, el avance cada vez más notable de la corriente inquisitiva en el mismo, junto con la actividad del juzgador en aumento a la par que decrece el papel dominante de las partes en el desarrollo del proceso civil, unido a las características de la oralidad en materia de pruebas, han dado como resultado la quiebra definitiva del vocablo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, al menos en su segundo aspecto.³⁴³

Al examinar la razón de ser de las diligencias para mejor proveer confundíamos, conscientemente, el fundamento de las mismas con la finalidad o tendencia. Algo similar ocurre al contemplar a desviación de éstas, entremezclándose y confundiéndose la desviación o abuso de su ejercicio en el origen o en la finalidad. El análisis nos mostró, la íntima relación entre esta institución y la aspiración al logro de una administración de la justicia más perfecta y acorde a los tiempos que vivimos, ya que si por un lado, parecía que éste era el motivo de su existencia, por otro, aparentaba ser la finalidad para la que se habían establecido. En este sentido es en el que afirmamos que fundamento y fin se

³⁴³ MARTIN OSTOS, José de los Santos, op. cit, p. 140-141.

entrecruzan. Pues la tendencia a esa pretendida mejor administración de justicia puede sufrir trastorno, encontrar un obstáculo o experimentar una desviación y es precisamente, este aspecto el que analizaremos seguidamente: supuesto en que las medidas para mejor proveer no son consecuentes con su fundamento-fin³⁴⁴.

Estos supuesto son aquellos en que de la utilización de dicha potestad judicial no se desprende una búsqueda de la verdad de los hechos o un complemento de la convicción del juzgador, sino una sustitución de las partes actuando en lo que éstas se han mostrado pasivas o bien igualando la situación procesal de las mismas, es decir, se produce una desviación del fundamento-fin para el que se crearon y se desciende a terrenos partidistas, no pretendiendo una mejor administración de justicia, sino la participación en los intereses de la contienda privada. Resulta evidente que en esta desviación no tiene que ser necesariamente consciente el juzgador de su errónea actitud.³⁴⁵

Debido a esto, se critica esta facultad judicial alegando que con ella se favorece a la parte que haya incurrido en negligencia. Rechaza este argumento Alcántara Sampelayo³⁴⁶ contestando que no se puede considerar como un derecho subjetivo, o interés legítimo, la deficiencia e, incluso, la negligencia de la parte contraria; parte contraria, añade, que está compuesta de tres personas (titular del derecho y de la acción, el letrado y el procurador) y no es justo que, debido a los actos u omisiones de uno de ellos, los demás sufra las consecuencias.

Guasp³⁴⁷ que dichas diligencias no se deben utilizar para igualar la situación procesal de las partes, ni para remediar el descuido o la impericia

³⁴⁴ Ibídem, p. 111.

³⁴⁵ Ibídem, p. 112.

³⁴⁶ ALCANTARA SAMPELAYO, José, *Intervención de oficio en el proceso civil*, Revista de derecho judicial, Núm. 9, 1962, p. 27.

³⁴⁷ GUASP, Jaime, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Tomo I, 1943, p. 903-904.

de ellas; por esto, si el juzgador no tiene ninguna duda sobre lo alegado por las partes, no debe ejercitar la facultad que le otorga el legislador, para mejor proveer; por idéntico motivo, no se debe abstener, cuando tenga auténtica duda, por temor alterar la igualdad de las partes, ya que el principio de la igualdad tiene un sentido instrumental; es decir, está en función del fin del proceso por lo que, si este fin está en peligro por la aplicación estricta del citado principio, la vigencia del mismo debe desaparecer.

Sin embargo, los autores citados, se limitan a condenar que mediante tal facultad, el juzgador no decide su obligada imparcialidad, supliendo la negligencia de las partes.

Coincide la doctrina en que tal actividad probatoria de oficio tiene lugar después que las partes han levantado su *onus probando* y el juzgador no ha quedado completamente satisfecho; entonces, este acude a las diligencias para mejor proveer, pero no para, quebrar su imparcialidad, tomar partido, sino para completar los actos necesarios a su juicio para dictar sentencia.³⁴⁸

En este sentido es como debe entenderse esta institución y así se justifica y explica su fundamento-fin. Para una mejor administración de justicia, sin desviación alguna en su ejercicio por el juzgador que, además, tiene matizado todo su comportamiento a lo largo del proceso y, especialmente al final, de una característica intrínseca a su función, cual es la imparcialidad, pues se teme que el órgano jurisdiccional, ansioso de hallar la verdad, pueda suplir la inactividad o el descuido de una parte.³⁴⁹

³⁴⁸ MARTIN OSTOS, José de los Santos, op. cit., p. 114.

³⁴⁹ Ídem.

Podemos decir que su fin último es mejorar la administración de justicia. Para ello, se pueden advertir dos fines próximos: uno de tipo objetivo que consiste en mejorar el proceso y así, las medidas buscan precisamente una decisión más acorde con la realidad el supuesto planteado, se llevan a cabo para “mejor proveer”³⁵⁰, para que el resultado sea más acertado; y, el segundo de tipo subjetivo, cuya finalidad es lograr la convicción del juez sobre el material probatorio, con ellas es posible despejar las dudas que pueda tener antes de dictar sentencia³⁵¹.

En ese orden de ideas, es importante precisar que el objeto de las diligencias para mejor proveer puede ser cualquier tipo de prueba, es decir, puede valerse de personas (sea parte o tercero), cosas o documentos que pertenezcan a las partes o a un tercero.

Es importante destacar que en los últimos años se percibe una clara y definida tendencia evolutiva de todos los ordenamientos procesales modernos, con relación al tema de las diligencias para mejor proveer.³⁵²

En conclusión, podemos determinar que la naturaleza de las diligencias o la prueba para mejor proveer, es la constitución de una facultad totalmente discrecional y potestativa para investir al juzgador.

2.- CONCEPTO DE LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER

Para poder definir lo que se entiende por “diligencias para mejor proveer”, primero se tiene que establecer el significado de las palabras diligencias

³⁵⁰ LARA CHAGOYAN, Roberto, *Reflexiones...*, op. cit., p 59.

³⁵¹ Ídem.

³⁵² Ibídem, p. 142.

y proveer, y una vez hecho esto, estaremos en posibilidades de dar un concepto de aquellas.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala como significado de la palabra diligencia el siguiente: “**diligencia.** (Del lat. *diligentia*). **1.** f. Cuidado y actividad en ejecutar algo. **2.** f. Prontitud, agilidad, prisa. **3.** f. Trámite de un asunto administrativo, y constancia escrita de haberlo efectuado. **4.** f. Coche grande, dividido en dos o tres departamentos, arrastrado por caballerías y destinado al transporte de viajeros. **5.** f. coloq. Negocio, dependencia, solicitud. **6.** f. *Der.* Actuación del secretario judicial en un procedimiento criminal o civil. **7.** f. ant. Amor, dilección.”³⁵³

La palabra diligencia tiene varias acepciones en el lenguaje judicial; por ejemplo, es el cumplimiento o ejecución de un decreto judicial, también se le llama diligencia a todo trámite que realizan los empleados o funcionarios del Estado dentro de determinado procedimiento administrativo. Asimismo, se denomina diligencias a ciertos actos que realizan los notarios, tales como la inscripción de títulos y de documentos. En conclusión, podemos determinar que diligencias son las actuaciones que se realizan dentro de un determinado proceso judicial por parte del juez, sus auxiliares y las partes interesadas en el proceso.

Respecto de la palabra proveer, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala como significado el siguiente: “**proveer.** (Del lat. *providēre*). **1.** tr. Preparar, reunir lo necesario para un fin. U. t. c. prnl. **2.** tr. Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin. *Proveer de víveres una plaza. Proveer a alguien de ropa, de libros.* U. t. c. prnl. **3.** tr. Tramitar, resolver,

³⁵³ Diccionario de la real academia española, www.rae.es, voz diligencia.

dar salida a un negocio. **4.** tr. Dar o conferir una dignidad, un empleo, un cargo, etc. **5.** tr. *Der.* Dicho de un juez o de un tribunal: Dictar una resolución que a veces es sentencia definitiva. **6.** prnl. Desembarazar, exonerar el vientre. MORF. conjug. c. leer; part. irreg. **provisto** y reg. **proveído**. **para mejor ~.** **1.** expr. *Der.* Fórmula con que se designa la resolución que el juez o tribunal dicta de oficio, terminada la sustanciación del asunto y antes de sentenciarlo, reclamando datos o disponiendo pruebas para fallar con mayor conocimiento de causa.”³⁵⁴

Para Pallares³⁵⁵ la palabra proveer tiene dos significados pues será indistintamente el pronunciamiento de alguna resolución judicial, o el acuerdo de alguna instancia o escrito de las partes, por parte del juez o tribunal.

Una vez conocidos los significados comunes de las palabras diligencia y proveer, estamos en condiciones de determinar lo que en nuestro derecho significa *diligencias para mejor proveer*.

“La prueba para mejor proveer o prueba para mejor decidir o resolver, es la institución o figura jurídica que consiste en la atribución dada al juzgador de mayores poderes para ordenar el desahogo de pruebas, aún en el caso de que las partes en el proceso no las hayan ofrecido, es decir, por esta institución tiene el juzgador facultades para disponer que se realicen las averiguaciones probatorias conducentes a la obtención de una verdad, que es la verdad discutida en el proceso”³⁵⁶

³⁵⁴ *Ibíd.*, voz proveer.

³⁵⁵ PALLARES, Eduardo, *Diccionario...*, op. cit., p. 600.

³⁵⁶ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 21.

Para Sentís Melendo ³⁵⁷ *“Las medidas para mejor proveer son aquellas que el juez puede disponer, en el momento en que ha de dictarse una providencia, y con las garantías y los requisitos establecidos por la ley, con el objeto de lograr que dicha providencia sea más ajustada al derecho y a la justicia; esto es como su nombre lo indica para mejor proveer.”*

La prueba para mejor proveer es la facultad que tiene el juzgador para *“...disponer la práctica de pruebas que le permitan un adecuado conocimiento de la contienda, a pesar de que las partes no las hayan ofrecido...”*³⁵⁸

Prieto Castro³⁵⁹ dice que las diligencias para mejor proveer permiten que el juez complete su convicción acerca de los hechos, por medio de ciertos actos (diligencias), que la ley, por su finalidad llama para mejor proveer, y que no deban confundirse con una aportación oficial de pruebas, contraria a la imparcialidad del juez.

Las pruebas para mejor proveer tienden a una más eficaz administración de justicia y ellos por dos motivos: por el proceso, ya que se encaminan a una decisión más acorde con la realidad del supuesto planteado, se acuerdan para proveer mejor, para resolver más acertadamente y, en cuanto al juzgador, ya que con ellas intentan lograr la convicción de este sobre el material probatorio, disipar las dudas que tenga antes de dictar una sentencia, lo que beneficia no solo la decisión final del juzgador en un litigio determinado, sino su

³⁵⁷ SENTIS MELENDO, Santiago, *Medios para mejor proveer*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Omeba, Argentina, Tomo XVIII, 1981, p. 210.

³⁵⁸ TORRES DIAZ, Luis Guillermo, op. cit., p. 140.

³⁵⁹ PRIETO CASTRO, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Imprenta Viuda de Galo Sáenz, Madrid, Tomo I, 1954, p. 195.

posición genera de todo proceso, redundando en una mejor administración de la justicia.³⁶⁰

“La razón de ser de los autos para mejor proveer, es sin duda alguna el mismo fin de los tribunales: procurar la buena y recta administración de la Justicia, esclareciendo la verdad...”³⁶¹

Estas pruebas tienden a averiguar la verdad y es a ésta a la que favorecen. Nadie podrá ver mal que un juez aspire a conocer la verdad y haga lo necesario para conseguirlo. Alcántara Sampelayo³⁶² añade que más que las habilidades de una parte y los descuidos de la otra, interesa el imperio de la verdad y del triunfo de la Justicia.

Para Caravantes ³⁶³, cuando los jueces o tribunales, al ver un proceso para dictar sentencia, hubiere duda sobre el modo de fallarlo, por observar que está obscuro algún hecho esencial o que no resulta de las pruebas claro el derecho de las partes y de los derecho que ambos litigantes alegaron, pueden, para el mayor esclarecimiento de la verdad e ilustración de su ánimo sobre la materia, dictar de oficio autos para mejor proveer, para traer al proceso nuevos méritos que arrojen luz sobre lo que parece dudoso.

También para Carreras³⁶⁴ la averiguación de la verdad de los hechos discutidos por las partes es la finalidad de la facultad concedida al juzgador para mejor proveer. Averiguación que significa que las partes polemizan en torno

³⁶⁰ MARTIN OSTOS, José de los Santos, op. cit., p. 101.

³⁶¹ *Diccionario enciclopédico hispanoamericano*, Montaner y Simón editores, Barcelona, Tomo II, 1895, p. 999, voz: auto para mejor proveer.

³⁶² ALCANTARA SAMPELAYO, José, op. cit., p. 27.

³⁶³ CARAVANTES, José de Vicente, *Tratado histórico-crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, imprenta de Gaspar y Roig editores, Madrid, Tomo II, 1856, p. 277.

³⁶⁴ FENECH NAVARRO, Miguel, et. al., *Estudios de derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962, p. 262.

a unos hechos y que lo importante es la verdad de ellos. Obtenida ésta, es fácil administrar justicia; sólo resta, entonces, aplicar la norma legal idónea al supuesto planteado.

Por su parte Pellise Prats³⁶⁵, señala que se permite al juez que abandone excepcionalmente su pasividad para dotar de mayores garantías a la justicia del fallo, actuando por iniciativa propia. Este salir de su pasividad, señala Prieto Castro³⁶⁶, le permite intervenir activamente en la averiguación de la verdad procesal. El autor no distingue entre la verdad real y la formal, pues para él ambos términos son anacrónicos y, el juez, al fin y al cabo, debe sentenciar sobre la verdad demostrada en el proceso; en cuanto a la averiguación, lógicamente no se trata de que el juez averigüe, sino más bien que verifique lo alegado y semi probado por las partes.

Reyes Monterreal³⁶⁷ obtiene la misma conclusión: dichas diligencias sirven para llegar a la verdad de los hechos cuando las partes no han logrado aportar los elementos probatorios precisos; y las justifica como un remedio al desmesurado principio dispositivo que informa nuestro proceso civil.

Para Sentis Melendo³⁶⁸ el fundamento de tales medidas está recogido en su misma denominación legal: proveer mejor, pronunciar una mejor sentencia. Por su parte Serra Domínguez³⁶⁹ afirma que las diligencias para mejor

³⁶⁵ PELLISE PRATS, Buenaventura, *Nueva enciclopedia jurídica*, Editorial Sei, Barcelona, Tomo VII, 1955, p. 466.

³⁶⁶ KRSCH W., *Elementos de derecho procesal civil*, comentado y traducido por Prieto Castro, Leonardo con adiciones de derecho español, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 123.

³⁶⁷ REYES MONTERREAL, José María, *En torno a las diligencias para mejor proveer*, Editorial Revista General de Derecho, Madrid, 1953, p. 86.

³⁶⁸ SENTIS MELENDO, Santiago, *Iniciativa...*, op. cit., p. 612.

³⁶⁹ SERRA DOMINGUEZ, Manuel, *Liberalización y socialización del proceso civil*, Revista de derecho procesal iberoamericana, Editorial Jurídica de Chile, Chile, número 2-3, 1972, p. 538.

proveer constituyen la facultad más excepcional concedida en nuestro derecho al juez para la correcta determinación de los hechos probados.

De todas las opiniones doctrinarias señaladas en los párrafos que antecede, podemos señalar que uno de los fines de las diligencias para mejor proveer lo es la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos, ya que, aunado a esto, el fin del proceso es la administración de justicia y si dicho proceso concluye con una resolución judicial sobre la verdad que se haya probado en él, la prueba para mejor proveer colabora al logro de esa verdad y como consecuencia, a la Justicia.

Sencillamente, se trata de prácticas probatorias ordenadas oficiosamente por iniciativa del órgano jurisdiccional y dirigidas a esclarecer la verdad de algún hecho controvertido en la litis, con la finalidad de que la resolución que emita sea ajustada a la verdad verdadera y a derecho.

3.- EL OBJETO DE LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER

Al respecto podemos decir que el objeto de las diligencias para mejor proveer puede ser cualquier tipo de medio de prueba, tan es así que el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles³⁷⁰, establece: *“Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos...”*

³⁷⁰ Código Federal de Procedimientos Civiles, www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/6.pdf.

Por su parte, el artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal³⁷¹, señala: *“Los tribunales podrán decretar en todo tiempo sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquiera diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad.”*

De igual forma, podemos decir que su fin último es mejorar la administración de justicia, Para ello, se pueden advertir dos fines próximos. Uno de tipo objetivo y uno de tipo subjetivo. El primero consiste en mejorar el proceso; así, las medidas buscan precisamente una decisión más acorde con la realidad del supuesto planteado; se llevan a cabo *“para mejor proveer”*, para que el resultado sea más apegado a la realidad. De acuerdo con el segundo de los fines, las medidas se dirigen a lograr la convicción del juez sobre el material probatorio; con ellas, es posible despejar las dudas que pueda tener antes de dictar sentencia³⁷².

Si nos preguntamos, por otra parte, en qué casos se pueden ordenar las diligencias para mejor proveer, la respuesta viene dada por la necesidad epistemológica del juez, es decir, en cualquier tipo de caso en el que exista una duda razonable que debiera despejarse³⁷³.

Las medidas, diligencias o pruebas para mejor proveer, ayudan a una mejor administración de justicia en cuanto a la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos por las partes, pero no solo ello resulta beneficiado con éstas,

³⁷¹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, www.iedf.org.mx.

³⁷² PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1960, p. 74.

³⁷³ Ídem.

sino también el órgano jurisdiccional que está destinado a resolver con su decisión la cuestión litigiosa, ya que al haberse aclarado ciertos hechos en los cuales existía duda, aportándose de oficio pruebas complementarias, incrementa su convicción sobre el material probatorio, disipa las posibles dudas, tranquilizando su conciencia y enfrentándose con más garantías y elementos de acierto a dictar su sentencia.³⁷⁴

Los jueces y tribunales quedan autorizados con estas diligencias para mejor proveer para, antes de dictar sentencia, emplear todo género de medios que tiendan a darles la mayor luz al asunto.³⁷⁵

Por su parte Alsina³⁷⁶ señala que para el que el juez debe tener facultades para investigar por sí mismo, en la medida necesaria para completar su información o aclarar alguna situación dudosa; la idea responde a sentimientos profundamente arraigados en nuestras costumbres procesales y ha sido atacada más por los profesionales que por la doctrina.

Guasp³⁷⁷ se detiene en el análisis de la finalidad de las diligencias que comentamos y explica que éstas tienden a proporcionar a juez o tribunal una convicción, sobre los elementos que constituyen el material del proceso, más firme que la que se obtiene con las alegaciones y pruebas de las partes; y si con esta convicción se da más garantía a la justicia del fallo, es por ello por lo que se llaman tales diligencias *para mejor proveer*.

³⁷⁴ MARTIN OSTOS, José de los Santos, op. cit., p. 106-107.

³⁷⁵ *Diccionario enciclopédico...*, op. cit., p. 999, voz: auto para mejor proveer.

³⁷⁶ ALSINA, Hugo, *Tratado...*, Tomo. I, p. 444.

³⁷⁷ GUASP, Jaime, *Comentarios...*, op. cit., p. 905.

Ortiz de Zúñiga³⁷⁸ señala que cuando los jueces o los tribunales, al ver unos autos o una causa para dictar sentencia definitiva, encuentran algo obscuro o dudoso y su ánimo no se halla convencido con la evidencia que se requiere para formar un juicio exacto, tienen un medio para traer mayor luz al juicio y averiguar la verdad.

Al amparo para las medidas para mejor proveer, sostiene Pellise Prats³⁷⁹, el juez actúa por iniciativa propia a fin de obtener, sobre los elementos que constituyen el material del proceso, una convicción más firme que la que podría obtener con sólo las alegaciones y pruebas de las partes. De esta forma, se va teniendo hoy día en todas las legislaciones, con ésta o similares figuras, a introducir así, amén de más celeridad, un conocimiento más profundo y acabado de los asuntos.

Reyes Monterreal³⁸⁰ conceptúa a la diligencia para mejor proveer como *“aquella potestad conferida al juzgador de obtener su convencimiento, en cuanto a los hechos en que las partes fundan sus pretensiones procesales, mediante la realización de actos del juez conducentes a investigar la realidad de aquellos”*.

Los dos aspectos que han quedado analizados en este apartado (tender a la búsqueda de la verdad y completar la convicción del juzgador) representan el lado positivo de las medidas para mejor proveer.

³⁷⁸ ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel, *Práctica general forense*, Madrid, Tomo I, 1874, p. 427.

³⁷⁹ PELLISE PRATS, Buenaventura, op. cit., p. 466.

³⁸⁰ REYES MONTERREAL, José María, op. cit., p. 85.

En suma, podemos señalar que las diligencias para mejor proveer son actos de instrucción que surgen de la iniciativa del órgano jurisdiccional dirigidas a la búsqueda de la verdad de los hechos en el proceso; su objeto puede ser cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; su práctica está regida por las limitaciones y prohibiciones en materia de prueba establecidas en relación con las partes y puede tratarse de cualquier diligencia probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos.

4.- FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ PARA ORDENAR LA PRÁCTICA DE PRUEBAS

El proceso civil en nuestro país está dominado por el principio dispositivo, aunque desde hace tiempo se observa una reacción contra él, en armonía con la evolución, publicista.

Las partes impulsan el proceso; el juez no puede actuar en el mismo sino a petición de ellas, motivo por el cual, si las partes no actúan en el proceso, el mismo no avanza e inclusive, se puede extinguir por el transcurso de un plazo, es decir, opera la figura jurídica llamada caducidad, como consecuencia de la inactividad procesal por más de 120 días hábiles, sin que el juzgador pueda hacer nada al respecto, pues él no puede dar impulso procesal, ni evitar la caducidad y mucho menos obligar a las partes a actuar en el juicio.

Luego entonces, y desde ese punto de vista, es solo y únicamente a las partes a quienes les corresponde el ejercicio de la acción y son, precisamente ellas, las que fijan las cuestiones litigiosas.

“El proceso es invocado por las partes, de manera que una vez iniciado, el actor puede desistirse y renunciar a sus pretensiones y, el demandado allanarse a ésta, o ambos concluir una transacción o someter el asunto a árbitros. Y sólo a petición de parte, se procede a la ejecución y a aprehender los bienes del demandado no comparecido.”³⁸¹

Incumbe a las partes la aportación de los hechos, y al juez sujetarse a ellos, de manera que si los mismos han sido admitidos (confesados), el juez los ha de admitir sin necesidad de prueba.

El juez no puede obligar al demandado a oponer excepciones y defensas, ni siquiera a negar la demanda. Las partes son quienes fijan el objeto del proceso y, el juez no puede apartarse de lo que piden las partes en sus escritos de demanda y contestación, sino incurriría en incongruencia.

Sólo las partes están legitimadas para impugnar las resoluciones del juzgador y la revisión de éstas debe circunscribirse a los aspectos impugnados por las partes.

Los jueces, son quienes deben sentenciar según lo probado en autos, respetando siempre los términos en que se formuló la litis, sin poder hacer valer hechos o probanzas ajenas al proceso.

Existe una tendencia en la legislación procesal de reforzar los poderes del juez en el proceso civil y tiene su origen en dos corrientes del

³⁸¹ Ibídem, p. 163.

pensamiento que confluyen parcialmente; esto es, deriva por un lado de consideraciones exclusivamente procesales relativas a la calidad de función pública que se reconoce en todos los casos a la jurisdicción, aun cuando se ejercen sobre controversias de derecho privado, y por otro lado, deriva de consideraciones relacionadas con las modificaciones que se han producido en el derecho sustancial donde se observa una filtración del derecho público a campos reservados hasta ahora a la libre disposición de los particulares. En virtud de la primera, el juez debe tener a su alcance los poderes indispensables para administrar justicia de manera activa, dado que el proceso ha roto el equilibrio social y no puede quedar librado únicamente al interés individual de los litigantes; la segunda coincide con la tendencia de los estados modernos de control de ciertos aspectos de la esfera individual.³⁸²

Al afirmarse el derecho procesal en el dominio público, el juez se transforma en sujeto del proceso y no podía desempeñar ese papel sin un correlativo aumento de facultades.³⁸³

Alsina³⁸⁴ señala que: *“Las nuevas orientaciones consideran principalmente el interés de la comunidad en la justicia compositiva de la litis, el juez se ha convertido en director, cuyas funciones tienden a ampliarse.”* El juez tiene la obligación, por la fiel observancia de las normas procesales que el mismo estado ha establecido y porque en su carácter de autoridad pública, es él, quien dentro del proceso, está en condiciones de asegurar el orden y su normal desarrollo.

³⁸² SENTIS MELENDO, Santiago, *Facultades del juez y materia de prueba*, Revista de derecho procesal, EDIAR Editores, Buenos Aires, 1954, p. 182.

³⁸³ ALSINA, Hugo, *Facultades del juez para ordenar de oficio las diligencias de prueba en el proceso civil*, Revista de derecho procesal, EDIAR Editores, Buenos Aires, 1954, p. 27.

³⁸⁴ *Ibíd*em, p. 35.

Respecto a la tendencia de ampliar las facultades del juez, Chiovenda³⁸⁵ manifiesta que *“la autoridad, la confianza que el poder judicial goza en una nación se refleja en el mayor o menor círculo de facultades que se le atribuyen y por consiguiente, en la mayor o menor elasticidad de los juicios.”*

De lo anterior, podemos señalar que el juez debe hacer todo aquello que, formando parte de sus poderes o facultades, contribuya a una adecuada administración de justicia. El juez en el proceso está facultado para apreciar hechos, calificarlos jurídicamente y aplicar la norma que estime adecuada. El juez puede rechazar pruebas por considerarlas inútiles o impertinentes; asimismo está facultado para interrogar a las partes y a los testigos y valorar las pruebas de acuerdo a su experiencia y lógica. Pero la facultad de investigación más importante que se le concede al juez son las diligencias para mejor proveer, las que le permiten al juzgador obtener convicción plena acerca de los hechos controvertidos, por medio de ciertos actos que son las diligencias y, que la ley, por su finalidad ha denominado *para mejor proveer*, y que no deben confundirse con una aportación oficial de pruebas contrarias a la imparcialidad del juez.

5.- CARACTERÍSTICAS DOCTRINARIAS Y PRÁCTICAS DE LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ

5.1. Características doctrinarias

a.)- Actividad del juzgador

³⁸⁵ CHIOVENDA, José, citado por Sentís Melendo, *Facultades del juez*,op. cit., p. 179.

Es necesario destacar el carácter potestativo y discrecional por parte del juzgador de las medidas para mejor proveer. Más que tratar el asunto desde una perspectiva *ex lege ferenda* la mayoría de la doctrina se limita a señalar la expresión verbal *podrán* y llegan por una evidente deducción al carácter facultativo de las mismas.

5.2. Características prácticas

La facultad discrecional ha sido clasificada por la doctrina, a fin de que se tenga un mejor entendimiento de ella, pues al ser ésta una facultad concedida por la Ley y no por las partes, explica la no intervención de éstas en su decisión, no ocasionando ni quebrantamiento ni indefensión alguna de forma procesal.

a).- Potestad

La potestad implica la facultad del juzgador de acordar medidas para mejor proveer y, a la vez, junto con este poder-facultad, la discrecionalidad de tal decisión. Es lo contrario a la obligatoriedad e incluso a la prohibición. El juzgador puede, cuando lo crea conveniente, ordenar tales medidas. El carácter principal de su naturaleza queda centrado en esta facultad discrecional de ordenar, o no hacerlo, la práctica de determinadas diligencias. De lo anterior, podemos concluir que el juez, además de estar capacitado, se encuentra facultado para tomar la decisión de ordenar medidas que lo van a llevar a emitir una sentencia apegada a la verdad histórica y al derecho.³⁸⁶

Además de la congruencia de la sentencia con lo pedido por las partes, el órgano jurisdiccional debe someterse a lo establecido en la Ley sobre el

³⁸⁶ MARTIN OSTOS, José de los Santos, op. cit., p. 115.

momento y forma de estas medidas, pero la decisión de acordar éstas, la iniciativa, le corresponde a él exclusivamente.

Esta característica debe contener tres elementos esenciales sin los cuales no puede ser ejercida la facultad.

a.1.) Libertad

Efectivamente, el juzgador es libre totalmente de acordar o no medidas para mejor proveer. Es la primera característica de tal facultad, ya que si a su consideración cree que con los elementos existentes es suficiente para sentenciar adecuadamente, no ordenará la práctica de ninguna diligencia; si por el contrario, alberga dudas, antes de dictar sentencia procederá a la práctica de determinadas diligencias. En realidad la decisión le corresponde a él exclusivamente y no existe sanción alguna para el juzgador que, sintiendo la necesidad de acudir a tales medidas, no lo haga.³⁸⁷

a.2.) Espontaneidad

Esta constituye el segundo aspecto de la naturaleza de las medidas que estamos comentando. Significa que la facultad judicial se ejerce *motu proprio*, es decir, a impulso de uno mismo, sin necesidad de sugerencia ni petición

³⁸⁷ *Ibíd*em, p. 117.

externa. En realidad las medidas para mejor proveer no se deben pedir, ya que su decisión corresponde a la espontánea facultad del juzgador.³⁸⁸

a.3.) Imparcialidad

El juzgador, al solicitar las medidas para mejor proveer, debe ser imparcial, por lo que atañe a las partes, ya que las mismas son acordadas por el juzgador con vista a completar su convicción sobre el material probatorio, por lo que repercutirá únicamente sobre él o sobre las partes. En relación a este punto, encontramos el principio de la contradicción, pero aun faltando éste, no queda desvirtuada la imparcialidad. Hay que evitar favorecer a alguna de las partes de manera consciente y de no incurrir en una contradicción, para que las medidas cumplan su cometido real.³⁸⁹

b).- Carácter de legal

Es la ley, y no las partes, quien otorga al juzgador esta facultad para desempeñar mejor su cometido, por lo que el juzgador, en su ejercicio, ha de someterse a las formalidades y requisitos señalados en aquélla, de forma que para que una resolución tenga el carácter de “*para mejor proveer*” no basta que se diga así, ni que se utilice tal fórmula o ritual.

Sentis Melendo³⁹⁰, indica que precisamente porque la ley concede esa facultad discrecional es por lo que no puede dejar de ajustarse a los

³⁸⁸ Ibídem, p. 118.

³⁸⁹ Ibídem, p. 119.

³⁹⁰ SENTIS MELENDO, *Iniciativa probatoria...*, op. cit., p. 585 .

términos estrictos señalados por la ley. El carácter discrecional de una facultad implica libertad en su uso, pero no la extralimitación en las formalidades exigidas.

Al igual que la anterior, la característica en cuestión debe contemplar dos puntos importantes.

b.1.)- Límites

El juzgador, cumpliendo los requisitos formales en cuanto a su ejercicio, no tiene ninguna limitación excepto la congruencia de la sentencia con lo pedido por las partes. Pero las medidas para mejor proveer no quiebran la congruencia, ya que el juzgador mantiene su intención principal de, una vez examinados los hechos y valoradas las pruebas, dictar la resolución congruente con lo pedido, con lo que le será más fácil resolver el litigio.

En ese orden de ideas, el límite consiste en buscar de oficio por medio de las pruebas hechos nuevos que alteren la demanda y que produzcan incongruencia. Éste es un límite que tiene el juez a lo largo de todo el proceso y no solamente cuando ejercita esta facultad.³⁹¹

b.2.)- Ámbito

La facultad judicial para mejor proveer, debe ser posible en todos los procesos civiles, pues no existe razón válida para permitirla en unos procesos y en otro no. En todos los procesos es en donde el juzgador tiene esta facultad para poder sentenciar con más acierto ya que al ordenar las diligencias

³⁹¹ MARTIN OSTOS, José de los Santos, op. cit., p. 120.

para mejor proveer, tendrá más certeza de la verdad histórica de los hechos y, por tanto, su resolución será más justa y apegada a la verdad verdadera.

c).- Las partes

Durante casi todo el proceso civil, son las partes las que como consecuencia del principio dispositivo, gozan de una posición activa y predominante sobre el juez, ya que éste solamente tiene el papel de espectador. La primera ocasión en que los textos procesales y la ley otorgan al juzgador una función más activa es precisamente con las diligencias para mejor proveer, en donde la intervención de las partes es nula y solamente en la práctica de dichas diligencias tendrá intervención el juez y, las partes, si es necesario y en la medida en que el juez lo estime pertinente y necesario, por lo que la facultad del juzgador es plena y absoluta.

El proceso civil en nuestro país está dominado por el principio dispositivo, aunque desde hace tiempo se observa una reacción contra él, en armonía con la evolución, en sentido publicista.

Las partes impulsan el proceso, el juez no puede actuar sino a petición de ellas, o si dichas partes no actúan, el proceso no avanza, e inclusive se puede extinguir por el transcurso de un plazo. Por eso se dice que las partes disponen del proceso; de ellas depende que éste continúe o no. A las partes les corresponde el ejercicio de la acción y son ellas las que fijan las cuestiones litigiosas.

“El proceso es incoado por las partes, de manera que una vez iniciado, el actor puede desistirse y renunciar a sus pretensiones, y el demandado allanarse a ésta, o ambos concluir una transacción o someter el asunto a árbitros. Y solo a petición de parte se procede a la ejecución y a apremiar los bienes del demandado no comparecido.”³⁹²

Incumbe a las partes la aportación de los hechos, y al juez sujetarse a ellos, de manera que si los mismos han sido admitidos (confesados), el juez los ha de admitir sin necesidad de prueba. El juez no puede obligar al demandado a oponer excepciones y defensas, ni siquiera a negar la demanda.

Las partes fijan el objeto del proceso y el juez no puede apartarse de lo que piden las partes en sus escritos de demanda y contestación, si no incurriría en incongruencia. Sólo las partes están legitimadas para impugnar las resoluciones del juzgador y la revisión de éstas debe circunscribirse a los aspectos impugnados por las partes.

Los jueces deben sostener según lo probado en autos, respetando siempre los términos en que se formuló la litis sin poder hacer valer hechos diversos.

c.1.)- Momento en que pueden ser ordenadas

Se ha sostenido que dichas pruebas pueden ser ordenadas en cualquier momento del proceso, sin embargo, tradicionalmente se hace antes de que el juzgador dicte sentencia, ello con el fin de esclarecer su convicción en última

³⁹² PRIETO CASTRO, Leonardo, *Derecho...*, op. cit., p.163.

instancia y no verse necesidad de tomar una decisión incorrecta. Así el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles y el artículo 282 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no señalan límites temporales para ordenarlas.

Una vez practicadas éstas, dicta sentencia. Sin embargo, de permitirse estas medidas durante la fase probatoria, el juez esperaría la proposición y práctica de las pruebas de las partes y, en el supuesto de que existieran dudas, decretaría de oficio la práctica de otra prueba, permitiéndose a las partes, que posteriormente, alegasen lo conveniente.

Ello sería convertir, la vieja medida para mejor proveer, anterior a la sentencia, en una moderna iniciativa oficial del juez de la prueba y después de ella y, en este caso, seguiría vivo el espíritu que le dio vida, pero se ampliaría la regulación legal del momento procesal.³⁹³

c.2.) Inimpugnabilidad

Si el juzgador no admite prueba procedente pedida por la parte, ello puede constituir un motivo de casación por quebrantamiento de forma. En cambio, señala Guasp³⁹⁴, el que el órgano jurisdiccional no utilice cualquiera de los medios que la ley le concede para comprobar la verdad no puede originar ninguna reclamación de la parte. Estos poderes están configurados como facultades y no como deberes y, obviamente, el juzgador no está obligado a ejercitarlos; pero la razón principal por la que no es impugnabile el hecho de que el juzgador decida no utilizar su facultad y omitir solicitar diligencia alguna, radica en que por la misma

³⁹³ *Ibíd*em, p. 121-122.

³⁹⁴ GUASP, Jaime, *Juez...*, op. cit., p. 120.

estructura del proceso civil, no se podría tener una actividad forzosa en materia probatoria por parte del juzgador.

Respecto al problema de la irrecorribilidad de tales medidas nos podría saltar la duda sobre la posible parcialidad del juez. Ello no es exacto, ya que en cualquier sistema de administración de justicia hay que suponer la imparcialidad del órgano judicial y, por otra parte, como lo señala Sentís Melendo³⁹⁵, inapelabilidad no significa intangibilidad, es decir, el mismo margen de libertad de que goza el órgano inferior corresponde también al superior que conoce del asunto en apelación y éste podrá tener o no en cuenta las medidas decretadas por el inferior, así como ordenar la práctica de unas nuevas.

Además, de permitirse la posibilidad de recurso contra ella, lo cual es contradictorio con el carácter de absoluta potestad judicial sobre las mismas, daría lugar a una dilatación del proceso.

Sin embargo, en la práctica, al recurrirse la Sentencia definitiva que se dicta y la cual tuvo apoyo en las diligencias para mejor proveer, se puede atacar las consecuencias que la práctica de dicha probanza tuvo en la resolución y el Tribunal de Alzada puede decidir si las mismas fueron o no ajustadas a la Ley.

6.- PROBLEMAS DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER EN LA TEORIA GENERAL DEL PROCESO

³⁹⁵ SENTIS MELENDO, Santiago, *Medios...*, op. cit., p. 126.

La discusión sobre la conveniencia y viabilidad de las diligencias para mejor proveer se inscriben en la elección de alguno de los dos grandes principios procesales³⁹⁶ que han estado presentes en la mente de los grandes procesalistas: el dispositivo y el inquisitivo. El principio dispositivo tiene dos aspectos³⁹⁷ 1).- que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda y en ella sus peticiones y desistir de ellas; y 2).- que corresponde a las partes solicitar las pruebas sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. De acuerdo a este principio, corresponde a las partes la iniciativa en general del proceso y el juez debe atenerse exclusivamente a las actividades de ésta sin que le sea permitido tomar decisiones encaminadas a incoar el proceso ni a establecer la verdad para saber cuál de las partes tiene la razón.

Por su parte, el principio inquisitivo, por un lado, otorga al juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue o lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le lleven o le pidan y, por otro lado, faculta al juez para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales³⁹⁸.

Piero Calamandrei³⁹⁹ llegó a afirmar que el proceso de tipo dispositivo corresponde a una concepción individualista y liberal del Estado y que el liberalismo confirió un poder exagerado sobre el proceso civil, el cual es considerado, desde entonces, como un asunto particular de las mismas. En ese sentido, Fix-Zamudio⁴⁰⁰ sostiene que el principio dispositivo no es sino la expresión,

³⁹⁶ MARTIN OSTOS, José de los Santos, op. cit., p. 153.

³⁹⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general...*, op. cit., p. 60.

³⁹⁸ Ídem, p. 60-61.

³⁹⁹ CALAMANDREI, Piero, *Un maestro del liberalismo procesal*, Revista Argentina de Derecho Procesal, Buenos Aires, núm. 1-2, 1951, p. 160.

⁴⁰⁰ FIX ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México, 1964, p. 19.

en el campo procesal, del principio de la libertad de estipulaciones o de la “autonomía de la voluntad” que predomina en el derecho privado.

El principio inquisitivo ha sido mal entendido porque no se había separado el concepto delito del concepto pecado, pero captando toda la esencia del modelo inquisitivo tenía una virtud: permitía a los jueces ser pro-activos.⁴⁰¹

Ahora bien, si nos preguntamos a cuál de los dos principios señalados se puede asociar más adecuadamente las diligencias para mejor proveer, la respuesta sería al principio inquisitivo. Lo anterior es así porque para el modelo inquisitivo, la búsqueda de la verdad en el proceso parece una preocupación saludable que ya ha sido superada por la excesiva confianza de encontrarla a toda costa; en cambio, el modelo dispositivo provoca una pasividad peligrosa que podría orillar al juzgador a ser indiferente ante la verdad de los hechos, preocupándose más porque se cumplan las reglas y el proceso se conduzca con base a los deseos de las partes. Lo anterior tomando en consideración que en la actualidad se abraza el modelo dispositivo con gran avidez y se desprecia, sin más, todo aquello que tenga un toque inquisitivo⁴⁰².

Entonces ¿podemos señalar que las diligencias para mejor proveer implican una excepción justificada del modelo inquisitivo? La respuesta pondría al defensor de las diligencias para mejor proveer en un estado incómodo, ya que si la respuesta fuera afirmativa, se podría decir que, si fuera posible, las diligencias para mejor proveer podrían desaparecer como ha ido desapareciendo

⁴⁰¹ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, *Las razones de derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 57.

⁴⁰² LARA CHAGOYAN, Roberto, op. cit., p. 68.

todo lo relacionado con lo inquisitivo, si la respuesta fuera negativa, se podría pensar que no tiene justificación.⁴⁰³

Las diligencias para mejor proveer son de cuño inquisitivo y, nada de malo hay si se toma en consideración que la actuación positiva de los jueces puede constituir una muestra de un Estado proactivo que procura ver sus acciones una mejor solución a los problemas sociales. La práctica inquisitiva de las diligencias para mejor proveer deja en una mejor posición a las partes y al derecho mismo, porque pueden permitir que los casos se resuelvan más cercanos al ideal regulativo llamado justicia.⁴⁰⁴

6.1. Principios “*Da mihi factum, dabo tibi ius*” y “*Iudex debet judicare secundum allegata et approbata, non autem secundum conscientiam*” y las diligencias para mejor proveer.

Los defensores del principio *Da mihi factum, dabo tibi ius*, pretende limitar las funciones del juez, con este intento se llega a identificar al juzgador con un ente superior a las partes, que desde su esfera lleva a cabo los dictados de justicia, lo que lleva a las partes a un nivel inferior, pero con el poder de llevar los hechos al proceso tal y como cada una de ellas las entiende o interpreta⁴⁰⁵.

El principio *Da mihi factum, dabo tibi ius*, ha sido mal interpretado, pues se ha pensado que, bajo el principio dispositivo, el juez debe atender estrictamente lo que las partes le plantean sin que pueda jamás ir más allá, que los jueces no dudan, sólo resuelven los problemas planteados con los

⁴⁰³ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, *Las razones...*, op. cit., p. 59.

⁴⁰⁴ MARTIN OSTOS, José de los Santos, op. cit., p. 158.

⁴⁰⁵ LARA CHAGOYAN, Roberto, *Reflexiones...*, op. cit., p. 68.

materiales que las partes aportan y que el papel de las partes solamente es allegar al juez los medios de prueba que dan cuenta de los hechos litigiosos, lo que resulta demasiado simple⁴⁰⁶. Sin embargo, dicho principio no se refiere más que a las pretensiones de las partes y no realmente de los hechos en el proceso. El juez es el más cercano a la búsqueda de la verdad, pero para ello debería adoptar un punto de vista más terrenal y humano, para que pudiera valorar la suficiencia o insuficiencia de la información sobre los hechos y, posteriormente, actuar en consecuencia⁴⁰⁷, lo que implica que la búsqueda de la verdad de los hechos es tarea propia de los jueces. El juez va a determinar quién tiene la razón conforme a derecho, para lo cual el juez debe esclarecer que fue lo que aconteció en la realidad empírica, pues sólo así podrá determinar las consecuencias jurídicas correspondientes a tales hechos.⁴⁰⁸ Por ello, no puede interpretarse el principio como “dar los hechos y el juzgador limitarse a dar las consecuencias jurídicas correspondientes”, sino por el contrario, debe entenderse como “dame tu pretensión y el juez se encargará de verificar los hechos y determinar conforme a derecho si tu interés debe o no prevalecer”.⁴⁰⁹

De lo anterior, podemos concluir que en realidad el principio *Da mihi factum, dabo tibi ius*, ha sido mal interpretado, ya que se ha hecho bajo la influencia del principio dispositivo y, por ello, se ha pensado de manera errónea que el juez debe atender, únicamente, lo que las partes le planteen sin que pueda ir más allá; que los jueces no dudan, sólo resuelven los problemas planteados con lo aportado por las partes y, que solo compete a éstas, allegar al juez los medios de prueba que dan cuenta de los hechos litigiosos; sin embargo, las partes ofrecerán su versión sobre los hechos y tratarán de probarla, pero será el juez quien resolverá en definitiva en uso de su poder, pero el juez, para dictar o decir el Derecho apegado

⁴⁰⁶ LARA CHAGOYAN, Roberto, *El concepto de la sanción en la teoría contemporánea del derecho*, Editorial Fontamara, México, 2004, p. 438-439.

⁴⁰⁷ Ídem.

⁴⁰⁸ MARTIN OSTOS, José de los Santos, op. cit., p. 182-194.

⁴⁰⁹ Ídem.

a la realidad, debe asegurarse de que los hechos sobre los que va a resolver, en realidad ocurrieron y es responsabilidad exclusiva de él.

Por ello el principio de *Da mihi factum, dabo tibi ius*, debería entenderse “Dame tu pretensión, mientras me encargo de verificar los hechos y determinar conforme a Derecho si tu interés debe o no prevalecer.”⁴¹⁰

Ahora bien, por lo que respecta al principio “*Iudex debet iudicare secundum allegata et approbata, non autem secundum conscientiam*”, por una parte se puede entender como que el juez no puede ni debe emplear su propia conciencia como juzgador para resolver un caso concreto, lo que se vería desde el punto de vista totalmente extremista del principio dispositivo, pues se considera a los jueces son poco más que ordenadores del Derecho; o, en el sentido de que el juez, al resolver, debe ser imparcial, lo que resulta más que obvio.⁴¹¹

Pero qué significado podemos darle a “*según la conciencia*”, para Mac-Cormick⁴¹² es que el juez debe resolver desde el Derecho y sólo desde el derecho, esto es, ejerciendo la virtud de la independencia judicial, Estos, por supuesto, no significa que los jueces deban resolver de forma inconsciente, sino totalmente conscientes e independientes.

Es, precisamente en este punto donde se cuestionan las diligencias para mejor proveer: el establecimiento de la premisa fáctica del razonamiento judicial a partir de elementos extra jurídicos, lo que podría dejar entredicho el principio que se analiza, aunque se podríamos considerar que dicho principio no se altera por las siguientes razones: 1) Porque el hecho de que una

⁴¹⁰ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, *Las razones...*, op. cit., p. 59.

⁴¹¹ MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and legal theory*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, Inglaterra, Capítulo IV, 1978, p. 53.

⁴¹² ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, *Las razones...*, op. cit., p. 61.

norma faculte al juez a practicar las diligencias para mejor proveer hace jurídica su práctica; 2) Porque la administración de los recursos epistémicos obtenidos mediante la práctica de estas diligencias forma parte del razonamiento judicial, lo que implica que los datos se utilicen por el juez para hacer derecho, es decir, para resolver casos concretos; 3) Porque la naturaleza de los elementos probatorios obtenidos no es, en esencia, distinta a la de los elementos probatorios que las partes llevan al proceso, lo único que las podría diferenciar, es que en los últimos está presente la pretensión de las partes y en las diligencias para mejor proveer no hay pretensión del juez, sino un interés epistemológico.⁴¹³

7.- PROBLEMAS EPISTEMOLOGICOS DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER

La búsqueda de la verdad constituye la razón de ser de las diligencias para mejor proveer. Sin embargo, existen algunos problemas que pueden suscitarse al momento de utilizar las diligencias para mejor proveer para lo que están hechas que no es otra cosa más que proveer al juez de elementos suficientes para llegar a la verdad.

Un primer problema está relacionado con la función que cumplen las diligencias para mejor proveer. Como ha quedado señalado a lo largo del presente capítulo, éstas entran en acción cuando el juez no puede decidir entre dos o más posibilidades o versiones de los hechos que va a juzgar, es decir son instrumentos de carácter subsidiario y por ello se ubican al final del procedimiento probatorio.⁴¹⁴

⁴¹³ MARTIN OSTOS, José de los Santos, op. cit, p. 195-198.

⁴¹⁴ Ídem.

¿En qué sentido se puede considerar a las diligencias para mejor proveer como pruebas? El término prueba es ambiguo, Marina Gascón ⁴¹⁵ señala tres conceptos: El primero es la prueba como medio de prueba, todo aquello que permite conocer los hechos relevantes de la causa que permite formular o verificar enunciados asertivos que sirven para reconstruir esos hechos, pero no se debe confundir medio y fuente de prueba, ya que, por ejemplo, en las diligencias para mejor proveer la fuente es la diligencia probatoria y el medio el resultado de la diligencia. El segundo es la prueba como actividad probatoria, el procedimiento intelectual (una constatación o una inferencia) mediante el cual, a partir de los medios de prueba, se conocen hechos relevantes para la decisión; es decir, se formulan o verifican enunciados asertivos sobre estos hechos. El tercero es la prueba como resultado probatorio, lo que se obtiene a partir de los medios de prueba; el conocimiento obtenido del hecho controvertido o el enunciado fáctico verificado que lo describe.

Los primeros dos sentidos del término prueba cumplen una función cognoscitiva, porque permiten al juez conocer o descubrir los hechos, o sea, formular la prueba (en sentido de resultado probatorio), a partir de los elementos probatorios o de conocimiento introducidos por los medios de prueba. En cambio, la prueba como resultado probatorio o prueba en sentido estricto, cumple una función justificadora, porque constituye un elemento que sirve al juez para elegir racionalmente entre las diversas aserciones formuladas en el proceso, confirmándolas o refutándolas⁴¹⁶.

Con lo anterior, parece más claro que las diligencias para mejor proveer, en un caso concreto, pueden ser analizadas como cualquier otro medio de

⁴¹⁵ GASCON ABELLAN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid. 2004, p. 83.

⁴¹⁶ Ídem.

prueba mediante inferencias de diverso tipo, y esperando un resultado probatorio que sea útil, por lo que es evidente que éstas no pueden cumplir la misma función que otras pruebas, en el estricto sentido de medios de prueba y, ello se debe a que las pruebas para mejor proveer no son llevadas al proceso por las partes, como cualquier medio de prueba, sino que son buscadas por el juez en una etapa de motivación de los hechos en la que existen verdaderas dudas que le dificultan tomar una decisión acerca de cuál deba ser el resultado probatorio que se tenga por bueno⁴¹⁷.

La diferencia no es cualitativa, ya que una diligencia para mejor proveer puede ser otro testimonio, otro documento u otro medio de prueba, sino que se trata, más bien, de una diferencia que podríamos llamar definitiva en el sentido de que con la práctica de la diligencia el juez puede terminar de decir cuáles son los hechos probados en un determinado caso, es decir, ofrece más de alguna posibilidad viable⁴¹⁸.

La función que cumple este tipo de prácticas es justificativa más que cognoscitiva, ya que, aunque cumple inicialmente una función de segundo tipo, lo determinante y fundamental de su utilización o manejo a cargo del juez es su carácter definitivo. Lo anterior es así ya que las partes en el proceso son quienes proporcionan hechos y datos, mismos que generalmente se encuentran incompletos, por lo que el juzgador, a fin de completar la comprobación de su hipótesis con un último dato que a la mitad de la litis no estaba en sus manos, acude a recoger *in situ* el resto de datos que le hacen falta a fin de dictar una sentencia apegada a la verdad verdadera y al derecho⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Ídem.

⁴¹⁸ Ídem.

⁴¹⁹ LARA CHAGOYAN, *El concepto de ...*, op. cit., p. 445.

8.- LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER EN SU CARÁCTER DE PROCEDIMIENTO PROBATORIO

Para la autora Marina Gascón⁴²⁰, pueden ser de diversos tipos:

El primer tipo son las pruebas directas: procedimiento de conocimiento de hechos (o verificación de enunciados fácticos) basados en la observación del propio sujeto juzgador. A relevancia epistemológica es de certeza absoluta; el conocimiento de datos a través de documentos públicos o privados, la información que el juez obtiene mediante el desahogo de un careo constitucional o el análisis de las declaraciones, etc.

El segundo tipo son las pruebas deductivas: procedimiento de conocimiento de hechos (verificación de enunciados fácticos) basados en una inferencia deductiva a partir de otras aseveraciones verificadas. También en estas pruebas existe una relevancia epistemológica absoluta, ya que se trata de una operación de lógica formal en la que el conocimiento arroja la conclusión del razonamiento dependen de absolutamente de la premisa mayor dada, precisamente, en un enunciado verdadero derivado de una prueba directa.

El tercer tipo es la prueba indirecta o inductiva: procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados) basado en inferencias de carácter inductivo a partir de otras aseveraciones verificadas.

Las diligencias para mejor proveer pueden ser puestas en práctica a través de cualquiera de estos procedimientos probatorios, es decir,

⁴²⁰ GASCON ABELLAN, Marina, op. cit., p. 86.

pueden dar lugar a comprobaciones directas, deductivas o inductivas. No obstante a ello, derivado de sus propias características, estas diligencias parecen pedir ser usadas de manera más frecuente como procedimientos indirectos o inductivos, ya que si los datos que necesita el juez pudiesen ser localizados mediante procedimientos de prueba directa o deductiva, habría sido muy probable que las partes las hubieran llevado al juicio (a menos que quisieran ocultarlas para que la sentencia fuera favorable a ellos), ya que de manera directa o ya excitando al propio juez a que las buscase.⁴²¹

Para lo anterior, es necesario que los jueces estén mejor preparados en cuestiones tales como las inferencias inductivas o a ductivas⁴²², considerar que, bien practicadas, este tipo de inferencias son racionales y perfectamente utilizables por los tribunales.

Existen dudas sobre la formalidad de estos procedimientos, sin embargo, es conveniente advertir que el desarrollo teórico en la actualidad es amplio y ha tenido gran incidencia práctica. Algunos autores han tomado como tarea examinar los problemas relacionados con el aspecto fáctico de la argumentación o la llamada motivación de los hechos. Se trata de una aproximación algo distinta de lo que se conoce como derecho probatorio o teoría de la prueba que tradicionalmente han abordado los procesalistas.⁴²³

Lo que distingue al derecho probatorio de la teoría de la prueba es la elaboración de los llamados estándares de racionalidad epistemológica, que no son otra cosa que herramientas intelectuales que permiten al operador

⁴²¹ *Ibíd*em, p. 90.

⁴²² BONORIO RAMIREZ, Pablo Raúl, *Sobre la abducción, en doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derechos, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Núm. 14, 1993, p. 20.

⁴²³ JAÑEZ BARRIO, Tarcisio, *Lógica jurídica. Hacia una argumentación jurídica*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, p. 479.

determinar de manera razonable en qué medida o grado un hecho se tiene por probado. Lo anterior ha demostrado lo útil que resulta para un operador jurídico el empleo de herramientas intelectuales propias del campo de la epistemología que tradicionalmente no han sido tomadas en cuenta por los juristas⁴²⁴.

Ahora corresponde analizar cómo son las diligencias para mejor proveer de acuerdo con la categoría de resultado probatorio o pruebas en sentido estricto. Las pruebas así vistas todavía pueden ser clasificadas a través de tres criterios:⁴²⁵

1.- Por el tipo de procedimiento probatorio:

- a).- Constataciones o enunciados de observación: resultado de una prueba directa
- b).- Conclusiones: las que se obtienen mediante prueba deductiva
- c).- Hipótesis: las que se obtienen mediante prueba indirecta.

2.- Por el uso que se da a la prueba:

- a).- Prueba a secas: enunciado fáctico resultante de un procedimiento probatorio.
- b).- Enunciado probatorio: enunciado fáctico verificado que es usado como premisa.

3.- Por el valor probatorio:

⁴²⁴ Ídem.

⁴²⁵ GASCON ABELLAN, Marina, op. cit., p. 94.

a).- Prueba plana: la que tiene el valor suficiente para fundar por sí sola una decisión judicial sobre un hecho que se pretende probar.

b).- Prueba no plena: la que no es idónea ni suficiente para fundar por sí sola la decisión; opera conjuntamente con otros enunciados probatorios mediante un procedimiento de prueba indirecta o inductiva se le considera como indicios.

Los resultados probatorios que producen las diligencias para mejor proveer pueden manifestarse a través de cualquiera de las categorías anteriores; aunque en realidad parecen estar más llamadas a producir hipótesis, premisas de una inferencia probatoria y pruebas no plenas. Las diligencias se usan para complementar la convicción del juez; ello implica que, cuando decide ordenar una diligencia para mejor proveer, el juzgador cuenta ya con ciertos medios de prueba y posiblemente realizó diferentes procedimientos probatorios. En este caso, es muy probable que el juez todavía no tenga resultados concluyentes, es decir, pruebas en sentido estricto y eso mismo lo motivó a ordenar la diligencia⁴²⁶.

9.- DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER RESPUESTA A LA INSUFICIENCIA DE LA CONVICCIÓN O A UNA DEFECTUOSA ACTIVIDAD PROBATORIA

Si determináramos que las diligencias para mejor proveer responden a la detección de una defectuosa actividad probatoria, nos colocaríamos en el carácter inquisitivo de la actividad judicial, porque supone una preocupación por la conducta procesal de las partes que ha de ser corregida por la autoridad, pero, si por el contrario, consideramos que trata sólo de un problema epistemológico, entonces desaparece la dicotomía inquisitivo-dispositiva para

⁴²⁶ Ídem.

situarse en un plano técnico en el que el juzgador ha de resolver el conflicto con la máxima convicción posible sobre los hechos examinados.

La actitud de un juez comprometido realmente con la verdad le llevará a utilizar todos los recursos legales a su alcance para dar por probados los hechos, sin menoscabo de las reglas que regulan el equilibrio procesal. Por ello, no son aceptables las posiciones según las cuales el juez debe limitarse a lo actuado por las partes y resolver, atrás de la realidad. No hay, pues, una verdad legal como algo distinto de una verdad verdadera. El proceso no puede verse como un escenario en el que se monta una realidad alterna o acordada por las partes: debe verse como un medio artificial, en el que las instituciones judiciales garantizan una solución a los conflictos bajo el poderío de la ley y, éste, abarca desde luego la actividad probatoria y, puede decirse, pretende algo más: una hado de imperio de la verdad visto como ideal regulativo. Los juzgadores no son meros árbitros que medien entre las partes, los juzgadores, específicamente en derecho público, son auténticos protagonistas en el juego de la verdad; la persiguen, la buscan y se comprometen con ella para provocar la libertad.⁴²⁷

10.- LIMITES DE LA OFICIOSIDAD DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER

Todo lo manifestado en los puntos que han quedado señalados en la presente investigación nos lleva, desde luego, a buscar algún límite, pues una actuación totalitaria del juez que diera la espalda a las partes sería tan reprobable como una actitud temerosa con respecto a las mismas partes. La actuación del juez es una manifestación de poder y como tal debe estar controlado. El potencial de la ley vuelve a hacerse presente; los jueces también deben ceñir su actuación a las reglas y principios del sistema, especialmente con respecto a los derechos

⁴²⁷ LARA CHAGOYAN, Roberto, *Reflexiones...*, op. cit., p. 75.

fundamentales que se ponen en juego en el momento de ejercer su jurisdicción. EL proceso judicial está concretamente regulado; cada procedimiento marca las etapas, los términos, los plazos y las conductas concretas que el juez debe respetar y saber administrar, en lo que no existe ninguna duda; en cambio, si existe duda en el ejercicio de la discrecionalidad judicial y las diligencias para mejor proveer son el mejor ejemplo de dicho ejercicio discrecional.⁴²⁸

Alejandro Nieto⁴²⁹, sostiene que el sistema de árbitro judicial y el sistema de legalidad forman una unidad imprescindible: “tan falso e incompleto es un principio de árbitro que prescinde de la legalidad como un principio de legalidad que prescinde del árbitro”. La razón de lo anterior es que la legalidad necesita del árbitro para ser efectiva tanto como el árbitro necesita de la legalidad para ser lícito. Desde mi punto de vista, el ejercicio de la legalidad de las diligencias para mejor proveer no pueden verse emancipado a un deber, pues el hecho de que sea discrecional no implica, de ninguna manera, que se decida como echar una moneda al aire para determinar si la diligencia se practica o no.

El juzgador no puede permitirse decidir con sentimientos si lleva a cabo la práctica o no de la diligencia; por el contrario, si está consciente de la necesidad de allegarse de más medios de prueba para complementar un proceso probatorio obtener así pruebas en sentido estricto para tomar la decisión, entonces debe ejercer su facultad⁴³⁰.

El uso discrecional de cualquier facultad debe ser visto como un deber, el cual consiste, precisamente, en el uso (adecuado al caso concreto) de la facultad discrecional, y su incumplimiento derivaría de un no ejercicio de la

⁴²⁸ Ídem.

⁴²⁹ NIETO GARCIA, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, p. 203.

⁴³⁰ Ídem.

facultad en aquellos casos en que se hace necesario. Este deber vive, por cierto, muy cerca de las virtudes del juez, concretamente, de la prudencia y de la templanza, la primera en el caso de los jueces, debe ser entendida como exacerbaciones, esto es, la virtud de la inteligencia práctica, de la capacidad necesaria para aplicar adecuadamente los principios generales a las situaciones particulares⁴³¹.

Anthony Kronman⁴³², señala que la virtud, en términos de inteligencia o sabiduría práctica, es algo así como una síntesis de varios factores: habilidad dialéctica, capacidad discursiva o argumentativa, intuición, deliberación y reflexión. Continúa dicho autor manifestando que el juicio prudente es, necesariamente, un juicio reflexivo, una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo, pero para llevar a cabo dicha síntesis se requiere la facultad de la imaginación en la que, a su vez, puede distinguirse dos aspectos: El estético, que se refiere a la imaginación como capacidad de invención, de ir más allá de la realidad, de sugerir una pluralidad de alternativas para resolver un problema y, el aspecto moral que consta, a su vez, de otros dos elementos que son la simpatía y la compasión, esto es, el ser capaz de ponerse en el lugar del otro y la capacidad para mantener cierta distancia en relación con los otros y con las cosas, para adoptar una actitud de cautela y de serenidad. En palabras de Kronman, las cualidades que constituirían el carácter profesional del juez serían "...conocimiento del mundo, cautela, escepticismo frente a ideas y programas establecidos en un nivel muy alto de abstracción y espíritu de simpatía distante que se desprende de un amplio conocimiento de las flaquezas de los seres humanos".⁴³³

⁴³¹ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, *Virtudes judiciales, sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho*, Editorial Fontamara, México, 2001, pág. 140

⁴³² ATIENZA, Manuel, *Virtudes judiciales...*, op. cit., p. 141.

⁴³³ KRONMAN, Anthony, *Practical Wisdom and professional character*, en *Social Philosophy and policy*, Inglaterra, Vol. 4, 1986, p. 232.

La templanza, según Aristóteles, es la virtud por la cual se está dispuesto para los placeres del cuerpo en la medida en que la ley manda; desenfreno es lo contrario⁴³⁴.

Manuel Atienza⁴³⁵, señala que la templanza, trasladada al ámbito judicial, podría llamarse autor restricción, la cual consiste “en la cualidad que debe disponer el juez a usar moderadamente el –extraordinario- poder de que está investido, a considerar que los límites de ejercicio de ese poder no son únicamente los establecidos por las normas, a esforzarse por no imponer a los otros sus propias opiniones o ideologías, etc.”

11.- LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER EN LA LEGISLACION CIVIL MEXICANA

“Las pruebas para mejor proveer o prueba para mejor decidir o resolver, es la institución que consiste en la atribución dada al juzgador de mayores poderes para ordenar el desahogo de pruebas, aún en el caso de que las partes en el proceso no las hayan ofrecido, es decir, por esta institución tiene el juzgador facultades para disponer que se realicen las averiguaciones probatorias conducentes a la obtención de una verdad, que es la verdad discutida en el proceso.”⁴³⁶

Las pruebas para mejor proveer proceden exclusivamente del juez o tribunal; constituyen una facultad discrecional dada juez para indagar de oficio los hechos que le fueron ofrecidos por las partes y sobre los cuales no tiene la suficiente certeza, por lo que podemos inferir que estas autoridades tendrán en todo

⁴³⁴ ARISTOTELES, *Arte poética, arte retórica*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 29.

⁴³⁵ ATIENZA, Manuel, *Virtudes judiciales ...*, op. cit., p. 140 y 141.

⁴³⁶ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 21.

tiempo facultades legales suficientes para decretar la práctica o ampliación de toda clase de pruebas a fin de permitirle dictar la sentencia.

a).- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Las diligencias para mejor proveer se encuentra regulada en el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece: *“Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no están prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral.”*

Este artículo señala que el juzgador puede valerse para conocer la verdad de cualquier persona, sea parte o tercera para conocer la verdad de los hechos controvertidos; respecto a esto podemos manifestar que cuando se trata de las partes, por el simple hecho de serlo, están sujetas al imperium del juez y, en consecuencia no pueden negarse a prestar su cooperación al esclarecimiento de la verdad cuya dilucidación han planteado a través de la controversia.

Los terceros, en cambio, no tienen una vinculación previa con el juzgador por lo que sus obligaciones derivan sólo de la ley, la que permite oír las objeciones que tengan para no prestar al juez la cooperación que solicita, siendo el propio juez el que resuelve, en cada caso, sobre si están o no justificados los motivos hechos valer por los terceros o dejar de prestar su cooperación.

Generalmente las partes y los terceros prestan su colaboración voluntariamente, pero excepcionalmente alguno, o algunos, de sus destinatarios se

resisten a ello. En este caso no le queda al órgano jurisdiccional otra opción más que ordenar la práctica de las medidas de apremio que regula el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 73.

De la lectura del artículo 278 del ordenamiento legal en comento, se desprende que se otorga una amplia libertad al juez, sin más limitaciones, que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral. Esto significa que puede haber pruebas legales pero inmorales. La moralidad en estos casos debe ser estimada por el juez.

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

De acuerdo al artículo anterior se comprende que la facultad del juzgador para ordenar de oficio la práctica de las pruebas, puede ser ejercida en todo tiempo, desde la iniciación de la fase probatoria hasta antes del pronunciamiento de la sentencia. Esta facultad del juez no se reduce únicamente a ordenar la ampliación de pruebas ya propuestas y practicadas por las partes, sino que también comprende la ordenación de la práctica de pruebas no ofrecidas por las partes, con tal que se refieran a los hechos debatidos y que en la ejecución de tales pruebas se respeten los derechos procesales de las partes.⁴³⁷

⁴³⁷ OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 138.

Del análisis del artículo 279 del ordenamiento legal en cita, podemos concluir:

a).- El juzgador tiene facultades para decretar pruebas cuando lo crea necesario para investigar la verdad de los hechos, cuando tenga dudas por la deficiencia de las pruebas aportadas por cualquiera de las partes.

b).- No podrán ordenarse diligencias para mejor proveer, que versen sobre hechos distintos de los que sirven para delimitar la pretensión.

c).- No procederán diferencias que trastoquen la igualdad de los litigantes.

Los legisladores, mediante las diligencias para mejor proveer, le otorgan al juzgador amplias facultades potestativas, sin embargo, es necesario que sepan, quieran y puedan hacer uso de ellas, ya que de lo contrario, dicha facultad será letra muerta.

b).- Código Federal de Procedimientos Civiles

El principio jurídico onus probandi (carga de la prueba), señala quién se encuentra obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. Su fundamento radica, en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba". Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado

de normalidad, debe probarlo "affirmanti incumbit probatio": a quien afirma, le incumbe la prueba.⁴³⁸

Por regla general, la afirmación en materia jurídica procesal, genera la obligación de probar los hechos que la constituyen, y en cambio, el que niega no se encuentra obligado a probar, salvo que su negativa implique la afirmación de un hecho.⁴³⁹

El artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles señala:

“Artículo 79.- Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

Los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formar su convicción respecto del contenido de la litis, ni rigen para ellos las limitaciones y prohibiciones, en materia de prueba, establecidas en relación con las partes.”

En nuestro país, por ejemplo, el referido artículo 79 prescribe que para los tribunales no rigen las limitaciones y prohibiciones, en materia de prueba, establecidas en relación con las partes.

Por su parte, el artículo 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles, establece en qué casos se pueden ordenar las diligencias

⁴³⁸ GRANADOS GONZALEZ, Jorge Alfredo, *El alcance de las diligencias para mejor proveer del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, respecto de la carga del actor y del demandado de probar los hechos y excepciones en el juicio de nulidad*, Tesis para lograr título de licenciado en derecho, Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, Junio de 2008, págs. 1.

⁴³⁹ Ídem

para mejor proveer, ya que ello depende de la necesidad cognoscitiva del juez, es decir, en cualquier tipo de caso en el que exista una duda razonable que debiera despejarse. *“Artículo 80.- Los tribunales podrán decretar, en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos. En la práctica de esas diligencias, obrarán como lo estimen procedente, para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar los derechos de las partes, y procurando en todo su igualdad.”*

De igual manera, el Código Federal de Procedimientos Civiles regula lo relativo a las diligencias para mejor proveer y en sus artículos 598, 599 y 600 determina:

“Artículo 598.- Para mejor proveer, el juzgador podrá valerse de cualquier persona, documento o cosa, a petición de parte o de oficio, siempre que tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

El juez deberá recibir todas aquellas manifestaciones o documentos, escritos u orales, de terceros ajenos al procedimiento que acudan ante él en calidad de amicus curiae o en cualquier otra, siempre que sean relevantes para resolver el asunto controvertido y que los terceros no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes.

El juez en su sentencia deberá, sin excepción, hacer una relación sucinta de los terceros que ejerzan el derecho de comparecer ante el tribunal conforme a lo establecido en el párrafo anterior y de los argumentos o manifestaciones por ellos vertidos.

El juez podrá requerir a los órganos y organismos a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código o a cualquier tercero, la elaboración de estudios o presentación de los medios probatorios necesarios con cargo al Fondo a que se refiere este Título.”

“Artículo 599.- Si el juez lo considera pertinente, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar a una de las partes la presentación de información o medios probatorios que sean necesarios para

mejor resolver el litigio de que se trate o para ejecutar la sentencia respectiva.”

“Artículo 600.- Para resolver el juez puede valerse de medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado del avance de la ciencia.”

El contenido de los preceptos legales señalados, da gran amplitud al Juez para realizar cualquier diligencia o admitir pruebas para mejor proveer, sin limitación temporal, con las solas restricciones de que no se practiquen diligencias o se admitan pruebas que sean contrarias a la ley”.⁴⁴⁰

12.- LA CORTE Y LA JURISPRUDENCIA

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tampoco se ha alejado de estas notas definitorias de las diligencias para mejor proveer a la hora de la creación jurisprudencial, según puede advertirse en varios criterios.

Más recientemente, en el 2004, En materia de amparo administrativo, la Corte ha señalado que en el mismo acuerdo en el que se decreta la suspensión provisional, se requiera a las autoridades responsables la presentación de algún documento que se considere indispensable para mejor proveer.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ TERCERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Diligencias para mejor proveer*, Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, volumen 187-192 cuarta parte, p24.

⁴⁴¹ SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Suspensión provisional en amparo administrativo. El juez de distrito puede recabar oficiosamente pruebas para mejor proveer, pero no postergar su decisión,* Jurisprudencia por contradicción de tesis 19/2003-PL, entre las sustentadas por el Séptimo y Décimo Tercer Tribunales Colegiados, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; tomo XIX, marzo de 2004, p. 354.

“SUSPENSION PROVISIONAL EN AMPARO ADMINISTRATIVO. EL JUEZ DE DISTRITO PUEDE RECABAR OFICIOSAMENTE PRUEBAS PARA MEJOR PROVEER PERO NO POSTERGAR SU DECISION”. En términos de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Ley de Amparo, a falta de disposición expresa debe atenderse a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles, ordenamiento legal que en el artículo 79 establece que para conocer la verdad, el juzgador puede valerse de cualquier persona y de cualquier documento, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos. En este contexto, tratándose de la suspensión provisional en el juicio de amparo administrativo, debe considerarse que la regla general es que una vez satisfechos los requisitos a que aluden los artículos 120 y 124 de la Ley de Amparo, el Juez de Distrito debe proveer de inmediato sobre dicha solicitud; sin embargo, esto no obsta para que cuando se prevenga al promoverte para que subsane alguna irregularidad de la demanda, en el mismo acuerdo se requiera a las autoridades responsables la presentación de algún documento que se considere indispensable para mejor proveer, pero una vez desahogada la prevención al quejoso, acatado o no el requerimiento formulado a las responsables, el Juez de Distrito debe proveer de inmediato en relación a la suspensión de los actos reclamados.”

En materia de controversias constitucionales, en un criterio de 2002, la Corte señaló que el Ministro instructor puede “ordenar, de oficio, en todo tiempo, que se recaben y desahoguen las pruebas necesarias para la mejor resolución del asunto, entendiéndose por la expresión «en todo tiempo», cualquier etapa del procedimiento de las controversias constitucionales”.⁴⁴²

⁴⁴² TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Pruebas para mejor proveer en controversias constitucionales. El tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si lo considera necesario, podrá ordenar de oficio, que se recaben y desahoguen aunque ya le haya sido presentado el proyecto para su resolución (Interpretación del artículo 35 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)*, Jurisprudencia P./J. 37/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XVI, agosto de 2002, p. 906.

“PRUEBAS PARA MEJOR PROVEER EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, SI LO CONSIDERA NECESARIO, PODRA ORDENAR, DE OFICIO, QUE SE RECABEN Y DESAHOGUEN AUNQUE YA LE HAYA SIDO PRESENTADO EL PROYECTO PARA SU RESOLUCION (INTERPRETACION DEL ARTICULO 35 DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTICULO 105 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). El precepto mencionado faculta al Ministro instructor para ordenar, de oficio, en todo tiempo, que se recaben y desahoguen las pruebas necesarias para la mejor resolución del asunto, entendiéndose por la expresión "en todo tiempo", cualquier etapa del procedimiento de las controversias constitucionales, es decir, desde la admisión de la demanda hasta el momento en que el Ministro instructor somete a consideración del Pleno de este Alto Tribunal el proyecto de resolución respectivo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos del 24 al 36 de la ley reglamentaria de la materia, relativos al capítulo "De la instrucción". Por tanto, con fundamento en el artículo 35 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se debe considerar, por mayoría de razón, que si una vez presentado el proyecto al Pleno de este Alto Tribunal para su resolución, éste considerara necesario recabar y desahogar alguna prueba, podrá ordenarlo de oficio.”

Finalmente, traigo a colación un criterio del año 1995 en el que la Corte sostuvo que el hecho de que un tercero aporte pruebas a la controversia constitucional puede ser entendido como una auténtica diligencia para mejor proveer. A mi juicio, esta tesis da lugar a que en el marco de las diligencias para mejor proveer, los terceros al juicio puedan aportar pruebas a la manera de *amicus curiae*.⁴⁴³

⁴⁴³ TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Controversia constitucional. Para mejor proveer, es legal agregar a los autos las pruebas ofrecidas por un tercero*, Tesis aislada P. CIX/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo II, noviembre de 1995, p. 86.

Como puede verse, la Corte mexicana se ha pronunciado a favor de la práctica de estas diligencias, confirmando metódicamente todos los puntos referidos. Así, el interés epistemológico no parece estar puesto en duda por el máximo intérprete de la Constitución.⁴⁴⁴

“PRUEBAS PARA MEJOR PROVEER, FACULTAD DEL JUZGADOR PARA ADMITIRLAS. La facultad que tiene el sentenciador para allegarse pruebas para mejor proveer constituye una prerrogativa que la ley le confiere, por lo que sino la ejerce, su conducta no es violatoria de garantías individuales.”

Resulta propio para el tema de investigación mencionar diversos casos en los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto, echando mano de las diligencias para mejor proveer. Casos que, por cierto, tuvieron un gran impacto social, en parte porque fueron presentados como auténticos *amicus curiae* y no como diligencias para mejor proveer. Es de pensarse que la crítica positiva que la prensa y la academia realizaron, al respecto, tuvo influencia por la reputación de que goza la institución y, se pensó que, por haber utilizado por primera vez esas medidas, la Suprema Corte había entrado, por fin, a la modernidad. En tales asuntos se plantearon cuestiones de carácter científico y tecnológico que estaban fuera del ámbito de conocimiento de los ministros, por lo que quedó perfectamente justificado el uso de estas diligencias.

⁴⁴⁴ TERCERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Pruebas para mejor proveer, facultad del juzgador para admitirla*, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, Cuarta Parte, Volumen 199-204, p. 51.

El primero, fue el Amparo en Revisión 2146/2005, fallado por el Tribunal Pleno el 27 de febrero de 2007. En él, se declararon inconstitucionales las normas contenidas en la fracción IV del artículo 24 y la fracción 45 (segunda categoría) del artículo 226 de la Ley del Instituto de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.⁴⁴⁵

Para el país, este asunto supuso un parte aguas, porque no fue fácil la aceptación de que se acudiera a una autoridad científica —en el caso, la Academia Mexicana de Ciencias— tal como se refleja en el siguiente pasaje del voto concurrente del Ministro José Ramón Cossío: La discusión en torno a la legitimidad de recurrir a dictámenes de especialistas para determinar si una ley resulta o no inconstitucional ha sido una de las más intensas, y sustenta en buena parte la división entre la mayoría y la minoría en el presente asunto. A mi juicio, gran parte de esta discusión ha sido propiciada por la confusión entre, por un lado, lo que son herramientas cuyo uso resulta legítimo para integrar la premisa fáctica del razonamiento —una discusión que gira en torno a los medios de prueba y las cargas que las partes deben soportar en esa materia— y por otro, lo que son elementos que el juez necesita para atribuir significados a las normas y determinar si una norma respeta a otra. Si contemplamos la realidad desde la distinción primordial entre “hechos” y “derecho”, lo que hemos estado dilucidando durante la discusión del caso cae en todo momento en el ámbito del “derecho” —y la determinación del derecho aplicable al caso, así como su interpretación, no es responsabilidad de las partes, sino del juez—.

⁴⁴⁵ Conforme a la primera disposición, una de la hipótesis en las que procede retirar a un militar del activo del Ejército (colocándolo, según la terminología de la ley, “en situación de retiro”) es “quedará inutilizado en actos fuera del servicio”. El artículo 226, por su parte, establece que “para la determinación de las categorías y grados de accidentes o enfermedades que den origen a retiro por inutilidad se aplicarán las siguientes tablas: (...) Segunda Categoría (...) 45. La seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana confirmada con pruebas suplementarias”.

De ahí la falta de pertinencia del señalamiento, elevado por algunos ministros, según el cual en nuestro sistema jurídico los juzgadores de amparo no pueden legalmente allegarse de elementos que no hayan sido planteados por las partes u ofrecidos como pruebas por ellas para ilustrar su criterio. Desde su perspectiva, más allá del deber de considerar los documentos integrados en el expediente, resulta improcedente interesarse por lo que los especialistas médicos tienen que decir sobre el VIH, el SIDA y su efecto en la capacidad o incapacidad (“utilidad” o “inutilidad”) para desarrollar la actividad propia de los miembros de las Fuerzas Armadas Mexicanas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, finalmente, envió un cuestionario a la Academia Mexicana de Ciencias que fue respondido puntualmente y sirvió para despejar más de una duda de los ministros y consolidó su convicción con respecto de temas tan delicados como complejos desde el punto de vista científico que desembocaban en el problema central: el posible estado de “inutilización” de los miembros de las Fuerzas Armadas que en las pruebas analíticas correspondientes hubieren sido confirmadas como portadoras del VIH. Se plantearon preguntas tales como ¿cuál es, más específicamente, el impacto de la condición de ser seropositivo tratado en la capacidad de desempeñar un trabajo? O ¿existen criterios médicos que identifiquen ciertos trabajos o actividades como “de riesgo” desde la perspectiva de la posibilidad de transmitir el VIH a otras personas?

El fundamento de la práctica de esta entrevista y de la presencia de los científicos en la Sala de Audiencias del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no pudo ser otro que el de las diligencias para mejor proveer, según se puede ver en el cuerpo de la propia sentencia, aunque, hay que decirlo, de manera no muy enfática. Sin embargo, la diferenciación legal es inadecuada para alcanzar dicha finalidad constitucional legítima, porque la ciencia médica, reflejada en distintas normas nacionales y directrices internacionales, han

demostrado la inexactitud de la decisión —cuando se pretende que en automático y desde la ley de que los militares son inútiles y están incapacitados *per se* para formar parte del ejército, por el simple hecho de tener seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana —VIH— confirmada con pruebas suplementarias.

Asimismo, la ciencia médica, ha dejado claro que no supone ningún beneficio para la salud pública aislar a una persona que tiene el VIH simplemente por razón de la infección respectiva, puesto que ese padecimiento no puede transmitirse mediante el contacto casual o por vía respiratoria.

Esta interpretación jurídica está respaldada no sólo por la información médica allegada por miembros del Máximo Tribunal del país con base en el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, sino también por las siguientes directrices nacionales e internacionales de carácter especializado.⁴⁴⁶

Otro asunto en el que la Suprema Corte utilizó las diligencias para mejor proveer fue la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, la cual fue resuelta el 28 de agosto de 2008. En este asunto se analizó la constitucionalidad de los artículos 144, 145, 146, 147 y 148 del Código Penal para el Distrito Federal, así como la adición de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, 16 bis 7 y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para

⁴⁴⁶ TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, Sentencia AR 2146/2005, de 27 de febrero de 2007, p. 106.

el Distrito Federal. Estas normas básicamente regulan la despenalización del aborto durante las primeras 12 semanas de gestación.

En este caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación solicitó informes, pruebas y estudios de carácter ético, moral, filosófico, científico y legal sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado; de hecho, por primera vez en la historia, ordenó la celebración de diversas sesiones de comparecencia, a fin de que las asociaciones o agrupaciones, al igual que los particulares que desearan exponer sus puntos de vista en relación con el tema, manifestaran sus ideas en audiencia pública presidida por el Ministro Presidente y por los ministros que se encontraran presentes. Para ello, se emitió un acuerdo el 31 de marzo de 2008, con apoyo en el Acuerdo Plenario 2/2008, de 10 de marzo del mismo año, en cuyo fundamento se encuentra citado el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, sede legal, como se ha dicho, de las diligencias para mejor proveer.

Los casos anteriormente relatados muestran que en México empieza a experimentarse un giro en la cultura judicial, especialmente a nivel de la interpretación constitucional. De acuerdo con estos cambios, cada vez va quedando más claro que el juez cobra (o debe cobrar) más protagonismo en el proceso, aun incluso en Derecho privado. La búsqueda de la verdad por el juez es un asunto de interés superior que debe constituir un ideal regulativo.

13.- ENTREVISTAS A JUECES Y MAGISTRADOS DEL FUERO LOCAL Y FEDERAL RESPECTO AL USO DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER

Con la finalidad de tener una visión más amplia respecto al uso y aplicación de la facultad potestativa de las diligencias para mejor proveer, realice

entrevistas a jueces y magistrados del fuero local y federal, quienes respondieron las preguntas que les fueron realizadas después de haberles dado una breve introducción del presente trabajo de investigación.

a).- Jueces Familiares del Distrito Federal

**LIC. VICTOR MANUEL ROCHA SEGURA⁴⁴⁷
JUEZ DECIMO CUARTO DE LO FAMILIAR
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL**

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- Frecuentemente, porque muchos de los asuntos versan sobre cuestiones donde se encuentran involucrados menores de edad y nos vemos en la necesidad de suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho y, también, para conocer la verdad es necesario recibir dictámenes en psicología y estudios socio-económicos que, la gran mayoría de las veces, las partes omiten ofrecer dentro de la litis.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Si, porque sin romper el equilibrio procesal permiten al juzgador tener mayores elementos de convicción para conocer la verdad y emitir una sentencia más justa y apegada a derecho y a la realidad.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Es letra viva y vigente ya que es muy usual su aplicación.

⁴⁴⁷ ROCHA SEGURA, Víctor Manuel, Licenciado en Derecho por la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón. Juez Décimo Cuarto de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- Podría parecer que así es, ya que es una facultad que se puede ejercer en cualquier etapa del juicio; sin embargo, en la práctica es más factible que se ordene cuando las partes ya ofrecieron pruebas y se desahogaron las mismas. Es necesario que prevalezca en el juzgador el anhelo de impartir justicia y no el de favorecer a alguna de las partes, por ello, la ley ordena que en el desahogo de las diligencias para mejor proveer se procure la mayor equidad entre las partes contendientes.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

R.- No es la intención del legislador, aunque en la práctica, dependiendo del resultado y del desahogo de éstas, así pudiera parecer, por ello el juzgador tiene que ser lo más precavido al ordenar las mismas.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- Es probable que se crea que la justicia es parcial y esto es así porque la ley establece dicha atribución para los juzgadores y tribunales como una facultad discrecional que puede o no ser ejercida por el órgano jurisdiccional, lo cual genera una incertidumbre. No obstante lo anterior, es claro que las partes en una contienda asumen la carga de la prueba y el uso de la facultad referida por el juzgador también tiende a evitar nuevos juicios por no haberse aportado la prueba idónea cumpliendo así su función de impartir una justicia pronta, completa e imparcial.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Si, a veces es tan determinante que su resultado puede orientar el sentido final del fallo.

LIC. MARIA DE ROCIO MARTINEZ URBINA⁴⁴⁸
JUEZ DECIMO NOVENO DE LO FAMILIAR
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- De manera continua, y más que un derecho de las partes es un deber del juzgador.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Definitivamente, no solo para alcanzar una verdad legal, sino para llegar a la verdad material de los hechos y así, planteada la litis, poder tener la perspectiva tanto de parte actora como de demandada y poder llegar al objetivo que es la verdad verdadera.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Es letra viva.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- No, definitivamente no atenta contra el principio puesto que la facultad del juez es para allegarse a elementos de verdad respetando los medios aportados por las

⁴⁴⁸ MARTINEZ URBINA, María del Rocío, Licenciada en Derecho por la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán. Juez Décimo Noveno de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

partes y por ende el juzgador del siglo XXI se vuelve un investigador de esa verdad y trata de dar solución pacífica al conflicto que se le plantea.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

R.- No, dado que el juzgador al requerir de la prueba busca la verdad mas no así el beneficio de alguna de las partes.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No, al contrario, creo que beneficia al sistema de administración e impartición de justicia de esta ciudad dado que el juzgador ya no es solo la boca de la ley, sino que se convierte en un ser humano vivo que hace uso de todo el sistema jurídico para entender y adentrarse al contexto que rodea al asunto en particular. Por otro lado, visto desde la perspectiva de los Derechos Humanos y de acuerdo con los artículos 1, 17, 116 fracción I y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, da como resultado que los gobernados nos vea como jueces con calidad humana y no solo como aplicadores del Derecho y de una ley fría y cruda.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Si, pues la única finalidad de dichas probanzas es conocer más a fondo el problema, llegar a la verdad y poder dictar una sentencia ajustada a derecho y en beneficio de quien en realidad tenga la razón, sin importar si es actor o demandado.

b).- Jueces de Cuantía Menor Civil y de Proceso Oral Civil del Distrito Federal

**LIC. GLORIA ORTIZ SANCHEZ⁴⁴⁹
JUEZ SEXTO CIVIL DE PROCESO ORAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL**

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- Muy ocasionalmente.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Sí.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Hasta ahorita es letra muerta, prácticamente, y se necesita ejercer una mayor aplicación de dicha facultad.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- Sí.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

⁴⁴⁹ ORTIZ SANCHEZ, Gloria, Licenciada en Derecho por la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón. Juez Sexto del Proceso Oral Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

R.- Sí.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No a ese extremo porque como es letra muerta no le causa perjuicio a nadie.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- No necesariamente, porque partiendo de que las partes deben allegar las pruebas para que el actor acredite su acción y el demandado sus excepciones, los jueces no la aplican por miedo a la parcialidad. Sin embargo, el juez podría proponerla después del auto admisorio de las pruebas en donde determina a las partes y siempre y cuando considere que la prueba ara mejor proveer es elemental para el dictado del fallo aunque en la práctica no se hace esto.

LIC. MARIA ELENA ARELLANO CASTILLO⁴⁵⁰
JUEZ SEGUNDO DE PROCESO ORAL CIVIL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- Muy rara vez, casi nunca.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Si, muy importante.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Es letra muerta, aunque debería crearse la reforma para que se pudiera aplicar de una manera más precisa y oportuna.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- Si, contra la igualdad y equidad.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

⁴⁵⁰ ARELLANO CASTILLO, María Elena, Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Juez Segundo de Proceso Oral Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

R.- Si, porque se mal interpretan muchas veces los resultados que derivan de ellas.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No a tal grado.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Si, siempre y cuando se aplique de una manera congruente.

LIC. YAOPOL PEREZ AMAYA JIMENEZ⁴⁵¹
JUEZ DECIMO SEPTIMO DE PROCESO ORAL CIVIL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- Mínimo.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Si, muy importante.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Es letra muerta, porque nunca se aplica dicha facultad.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- No, pues el juzgador no sabe a quién beneficiará la prueba que solicita. Sin embargo, se debería de quitar como delito la falta de equidad procesal, ya que algunas personas piensan que es delito y, a fin de evitar denuncias innecesarias, los jueces no aplicamos dicha facultad otorgada por el legislador.

⁴⁵¹ PEREZ AMAYA JIMENEZ, Yaopol, Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma Metropolitana. Juez Décimo Séptimo de Proceso Oral Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

R.- No, pues se desconoce a quien le va a ser contraria la misma.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Sí.

LIC. SONIA ALEJANDRA GARCIA BELTRAN⁴⁵²
JUEZ SEPTIMO DE CUANTIA MENOR CIVIL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

1.- Con qué frecuencia, en su día a día, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- No las he utilizado.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Sí.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Letra muerta.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- No, si las mismas se aplican con la debida cautela y sin alterar el orden y la igualdad.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

⁴⁵² GARCIA BELTRAN, Sonia Alejandra, Licenciada en Derecho por la Facultad de Estudios Superiores de Aragón. Juez Séptimo de Cuantía Menor Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

R.- No, porque al solicitarla no se tiene certeza alguna de a quien le va a beneficiar las misma.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Si, ya que solo así tendríamos la certeza total de que los que tenemos en nuestras manos es la verdad absoluta y que la sentencia que emitiremos será totalmente justa.

c).- Jueces de Primera Instancia del Distrito Federal

**LIC. JULIO GABRIEL IGLESIA GOMEZ⁴⁵³
JUEZ TRIGESIMO SEXTO DE LO CIVIL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL**

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- Poco.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Sí.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Es casi letra muerta.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- No, ya que su finalidad es que el juez pueda dictar una sentencia apegada a la realidad y no a lo que las partes digan, según su conveniencia.

⁴⁵³ IGLESIAS GOMEZ, Julio Gabriel, Licenciado en Derecho por el Centro de Estudios Cristóbal Colón incorporado a la Universidad Veracruzana. Juez Trigésimo Sexto de lo Civil de Primera Instancia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

R.- No, benefician al que tiene la verdad histórica.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Sí.

LIC. PATRICIA ALEJANDRA BELTRAN TORRES⁴⁵⁴
JUEZ TRIGESIMO OCTAVO DE LO CIVIL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- Muy poco, si acaso, unas dos veces al año.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Si, ya que para pronunciar una sentencia justa y apegada a Derecho, es importante que el juez se allegue de todos los medios de convicción para llegar al conocimiento de la verdad y, en algunas ocasiones, las partes no ofrecen dicho medio de prueba para entorpecer el conocimiento del juzgador y la diligencia para mejor proveer, es fundamental para el pronunciamiento de una sentencia en los términos señalados.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Es letra viva y se pueden ordenar para tener un mejor conocimiento de la verdad y dictar una sentencia justa y apegada a derecho, con base al conocimiento de la verdad verdadera e histórica.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- No, ya que no es un acto contrario a la justicia, pues a veces las partes no ofrecen pruebas suficientes y, ordenar el desahogo de pruebas para mejor proveer, da como resultado que la controversia se resuelva con más apego a la justicia y, así, dar a cada uno lo que le corresponde. En cuanto a la equidad, el hecho de

⁴⁵⁴ BELTRAN TORRES, Patricia Alejandra, Licenciada en Derecho por la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán. Juez Trigésimo Octavo de lo Civil de Primera Instancia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

ordenar este tipo de prueba no vulnera el trato que se le da a las partes, por lo que sí es importante tener todos los medios de prueba necesarios para el resultado deseado y justo.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

R.- No, se beneficia a ambas partes y más aún a la sociedad porque se dicta una sentencia apegada a la realidad y al derecho.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No y si es una prueba importante porque se llega al conocimiento de la verdad lo que siempre va a beneficiar a la sociedad ya que el juzgador, al pronunciar sus resoluciones apegadas a la verdad, va a ser más justo y, siendo el juzgador transparente al dictar su resolución, valorando debidamente sus pruebas y, en general, resolviendo las controversias que los gobernados ponen a su consideración, es como se puede lograr que el gobernado crea en la impartición de justicia.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Si, siempre y cuando se necesite la diligencia para mejor proveer y no sea producto de un mal uso para salvar un asunto o apoyar a algún postulante que no ofreció pruebas conforme a derecho, ya que dicha facultad es con la única finalidad de dictar una sentencia apegada a la verdad histórica de los hechos que, en sí, es lo que busca el derecho.

d).- Magistrados de Segunda Instancia del Distrito Federal

**MAG. JUAN LUIS GONZALEZ ALCANTARA CARRANCA⁴⁵⁵
MAGISTRADO DE LA CUARTA SALA FAMILIAR
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL**

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- Algunas veces.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Si, desde fases anteriores a la citación a sentencia.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- En la actualidad es letra muerta ya que no se aplica la misma por el miedo que los juzgadores tienen para aplicarla, por lo que sería bueno ampliar la forma de modificar tiempos y formas de solicitar dichas diligencias.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- No, siempre y cuando se lleve a cabo de una manera basada a derecho y a la verdad.

⁴⁵⁵ GONZALEZ ALCANTARA CARRANCA, Juan Luis, Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Magistrado de la Cuarta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

R.- En la sentencia si beneficia a una sola de las partes que es quien tenía la verdad histórica y verdadera de los hechos, sin embargo, si se propusiera dicha diligencias desde otras instancias o fases procesales no existiría beneficio alguno a favor de ninguna de las partes, ambas tendrían la misma oportunidad.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No a tal grado de credibilidad.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Si y lo serían más en instancias inferiores.

MAG. PEDRO ORTEGA HERNANDEZ⁴⁵⁶
MAGISTRADO DE LA SEXTA SALA CIVIL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- Nunca la he aplicado.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- No.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Letra muerta.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- No, solo para el principio de igualdad en materia civil.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

R.- Sí.

⁴⁵⁶ ORTEGA HERNANDEZ, Pedro, Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Magistrado de la Sexta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- Sí.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- No.

e).- Jueces y Magistrados Federales en Materia Civil del Primer Circuito

**LIC. EDITH ENCARNACION ALARCON MEIXUEIRO⁴⁵⁷
JUEZ DECIMO PRIMERO DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL
DEL PRIMER CIRCUITO**

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- Regular, casi nunca.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Sí.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Es letra viva, en materia federal es más común la aplicación de dicha facultad, pero lo que he notado, de los expedientes que nos llegan en materia local, es que es prácticamente nula la aplicación de la misma, lo que pone de manifiesto un miedo a ser utilizada.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- No y se le debería de dar mayor peso o difusión a dicha facultad.

⁴⁵⁷ ALARCON MEIXUEIRO, EDITH ENCARNACION, Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Juez Décimo Primero de Distrito en Materia Civil del Primer Circuito.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

R.- No.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No, al contrario, identifica más al sistema de impartición de justicia.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Si, totalmente.

LIC. FELIPE CONSUELO SOTO⁴⁵⁸
JUEZ TERCERO DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL
DEL PRIMER CIRCUITO

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- Poca, casi nula.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Si es útil, aunque no necesaria.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Es letra viva.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- No, al contrario, ya que la misma se encuentra bien justificada y reglamentada.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

R.- No, si es llevada y aplicada de manera correcta.

⁴⁵⁸ CONSUELO SOTO, Felipe, Licenciado en Derecho por la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón. Juez Tercero de Distrito en Materia Civil del Primer Circuito.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No, jamás.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Si, pues las resoluciones serían más apegadas a lo que en verdad ocurrió y no a la verdad que las partes dicen que ocurrió.

MAG. MARCO ANTONIO RODRIGUEZ BARAJAS⁴⁵⁹
MAGISTRADO DEL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO
EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- Relativamente pocas.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Si, muy necesaria.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Es letra viva, aunque con poca aplicación por parte de los juzgadores quienes nos encontramos investidos de dicha facultad.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- No, es legal y justa.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

R.- No, siempre que vaya de la mano de la verdad.

⁴⁵⁹ RODRIGUEZ BARAJAS, Marco Antonio, Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Magistrado del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Si, es importante para cuando el juzgador tenga duda en algún punto controvertido y quiera allegarse de más elementos, pero no necesaria para emitir una resolución apegada a derecho.

MAG. WALTER ARELLANO HOBELSBERGER⁴⁶⁰
MAGISTRADO DEL QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO
EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

1.- Con qué frecuencia, aplica las diligencias para mejor proveer.

R.- En varias ocasiones.

2.- De acuerdo a la práctica diaria considera útil y necesaria la facultad de solicitar y aplicar las diligencias para mejor proveer.

R.- Si, muy necesaria.

3.- En la práctica diaria del derecho, es letra viva o muerta la facultad de las diligencias para mejor proveer.

R.- Es letra viva, sin embargo, existen juzgadores que nunca la han ocupado.

4.- Considera que la facultad en comento atenta contra el principio de justicia, igualdad y equidad que debe existir en todo juicio y resolución judicial.

R.- No, todo lo contrario.

5.- Considera que con las diligencias para mejor proveer se beneficia a una sola de las partes en el proceso.

R.- No, al contrario, su finalidad es llegar a la verdad de los hechos y, al momento de solicitarlas, se desconoce quién saldrá beneficiado con las mismas.

⁴⁶⁰ ARELLANO HOBELSBERGER, Walter, Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México Magistrado del quinto Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

6.- Considera que la aplicación de dicha facultad perjudica el sistema judicial que impera en nuestro país y que, como consecuencia, los gobernados pierdan credibilidad en la justicia.

R.- No. Incluso es de destacarse que en la actualidad, en los procesos relativos a los Derechos Humanos es muy común el uso de dichas pruebas, por lo que resultaría ilógico que para emitir las recomendaciones hagan uso de las mismas y, los órganos jurisdiccionales que nos encontramos investidos por dicha facultad no la utilicemos.

7.- Considera que las resoluciones judiciales podrían estar más apegadas a derecho y a la verdad verdadera cuando se ordenan las diligencias para mejor proveer en los casos en los que existe duda al resolver en definitiva.

R.- Si, es de trascendencia que si existe alguna duda o algo no está totalmente claro y definido en el proceso, hagamos uso de la facultad de la que nos encontramos investidos.

De las entrevistas realizadas podemos llegar a la conclusión de que solamente en materia familiar son frecuentemente utilizadas las diligencias para mejor proveer, en especial, cuando se trata de proteger los derechos de los menores. Sin embargo, los jueces en materia de oralidad, cuantía menor, primera y segunda instancia, en el ámbito local, han utilizado pocas veces o nunca dichas diligencias y dicha situación no se debe más que al simple hecho de que no conocen, a profundidad, la mismas, no tienen pleno conocimiento y mucho menos la certeza de en qué momento aplicarlas o bien, dejan de utilizar la facultad de la que se encuentran investidos por el miedo a ser denunciados, por la parte que no le resulto benéfica la diligencia para mejor proveer, e incurrir en el delito de falta de equidad procesal, lo cual es contrario a la realidad ya que al utilizar dicha facultad, en ningún momento se atenta contra el principio de equidad, ya que al solicitarlas el juez no tiene conocimiento de quien será el beneficiado, además de que está actuando conforme a la ley y a una facultad que el legislador le confirió y está amparada en la legislación vigente.

Ahora bien, por su parte, los juzgadores y magistrados en materia federal, se encuentran un poco más relacionados con las diligencias para mejor proveer, aunque en la práctica diaria, son pocas las veces que las han utilizados.

No obstante a todo lo anterior, los juzgadores entrevistados coinciden en que dichas diligencias son importantes, necesarias y que deben de seguir, aunque con cierta regularización, con la única finalidad de evitar caer en contradicciones o que los gobernados consideren que con la solicitud de la práctica de dichas diligencias se está beneficiando a una de las partes sin que la realidad sea ésta, pues no se sabe quién tendrá el beneficio al desahogo de las mismas.

CAPITULO IV

LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO COMPARADO

1.- CUESTIONES PREVIAS

Con la finalidad de comparar y valorar la figura jurídica de la “prueba para mejor proveer”, que es el tema central del presente trabajo de investigación, considero oportuno y necesario el estudio de diversas legislaciones, ya que dicha medida procesal no es exclusiva de nuestro ordenamiento legal y, por tanto, no podemos limitarnos a éste.

Reyes Monterreal⁴⁶¹, sostiene “*Ciertamente, traer superabundancia de Derecho Comparado es correr tremendo riesgo de que no sienta bien al cuerpo legal español el traje hecho a la medida para el ordenamiento extraño. La idea, por el contrario, no puede aferrarse en un sentido de absoluto desprecio a aquello, porque habrá que tomar de los demás conceptos generales que, técnicamente, hayan dado buen fruto.*”

Lo señalado por el autor es absolutamente cierto, pues es justo cuando se comienza a comparar nuestro derecho con otras legislaciones que tienen un sistema judicial o leyes similares a las nuestras, cuando uno se topa y ve de manera clara las deficiencias de la legislación de su país. Sin embargo, es precisamente dicha diferencia la que lleva a la superación y evolución del derecho.

⁴⁶¹ REYES MONTERREAL, José María, *Ideas para una reforma procesal civil*, Revista de derecho judicial, Madrid, Núm. 21, 1965, p. 83.

Así como lo sostiene Cappelletti⁴⁶²: *“La imposibilidad, especialmente en el campo procesal, para un jurista singular, de procurarse una adecuada experiencia de varios sistemas jurídicos, es manifiesta y se acentúa ulteriormente cuando se trata de ordenamientos profundamente diversos. A la dificultad de lenguaje se agrega la de los problemas, de los conceptos, de las ideas. Problemas que para los juristas pertenecientes a un determinado ordenamiento son vivos y actuales, pueden presentar simples lugares comunes para los estudiosos de otros países; conceptos que para unos tienen un significado preciso, pueden tener un significado incierto o bien uno completamente diverso para otros; ideas que unos consideran todavía vivas y operantes en el plano de la interpretación y de la evolución del Derecho, pueden aparecer superadas a otros estudiosos; y así sucesivamente.”*

Con apoyo en lo señalado por los autores en comentario y toda vez que el comparativo que se desea hacer respecto al estudio de otros ordenamientos legales es imprescindible y poco extenso, que resulta interesante y útil, el estudio de algunos ordenamientos procesales de diversos países de Europa y América, quienes recibieron la figura jurídica de la prueba para mejor proveer a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, recorrido que se hará mediante una pequeña división geográfica y cultural.

2.- PRINCIPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO EN EL DERECHO COMPARADO

Al estudiar los principios dispositivos e inquisitivos en el derecho comparado, podemos observar que ninguno de los dos rige de manera absoluta en ningún país, sino que ambos se encuentran íntimamente relacionados

⁴⁶² CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, traducción de Sentís Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1973, p 8.

y más que hablar de ellos en un sentido puro, se hace en un proceso en el que predomina alguno.

Con la llegada del nacionalismo a Alemania se sometió a consideración, a niveles científicos y legislativos, mantener el principio dispositivo, motivo por el que un sector doctrinal solicitaba que se implantara con carácter general el principio de investigación oficial del juez, a fin de estar en posibilidades de allegarse de todos los medios de prueba necesarios, pero ello no fue totalmente aprobado⁴⁶³ y como menciona Víctor Fairén Guillén⁴⁶⁴, algunos estaban decididos y hubiera sido un paso interesante y trascendental respecto a la posibilidad de elaborar de manera amplia una doctrina general de los principios procedimentales civiles relacionado con los penales, sin embargo, dicha propuesta no fue aprobada.

La finalidad de dicha solicitud era simplemente que se implantara con carácter general el principio de investigación oficiosa del juez, con la posibilidad de recurrir a todos los medios de prueba necesarios según las circunstancias de cada caso; las bases de dichas peticiones eran de tipo sociológico-jurídico, como la de la necesidad de llegar , en el proceso civil, no a una justicia para las partes, sino para la comunidad social, dando el gran paso al interés público en el proceso civil ordinario.

No obstante ello, como lo menciona Calamandrei⁴⁶⁵, no puede concebirse más que en la teoría a un sistema procesal en el que el vigor más que la iniciativa de oficio, o en el que todo se deje a la iniciativa de las partes; ya que en la práctica de los ordenamientos jurídicos lo que se procura es coordinar y equilibrar

⁴⁶³ WYNESS MILLAR, Robert, *Los principios formativos del procedimiento civil*, traducción de Grossmann, Catalina, Buenos Aires, 1945, p. 61- 62.

⁴⁶⁴ FAIREN GUILLEN, Víctor, *Estudios de derecho procesal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1955, p. 272.

⁴⁶⁵ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Vol. I, 1962, p. 359.

los dos principios y crear un punto intermedio en cuyo resultado sea que un principio puede predominar sobre el otro, pero nunca excluirlo totalmente.

Alsina⁴⁶⁶ y Dévis Echandia⁴⁶⁷ coinciden en que en un proceso meramente dispositivo, aún y cuando se trata de cuestiones de carácter privado, se le concede al juzgador ciertas facultades y, en cambio, en uno donde se halle interesado el bien público no, por eso se prohíbe a las partes todo tipo de iniciativa.

Devis Echandia⁴⁶⁸, señala de una manera clara la actual situación en el derecho comparado de los principios en comento, al sostener *“Tendencia actual de otorgar al juez facultades para decretar y practicar pruebas oficiosamente, consagradas en varios países, como Alemania, Italia, México, Brasil, Argentina, Austria, Rusia, y en forma moderada, como Francia, España y Colombia, siendo inevitable la generalización de aquel sistema; pero sin que deje de ser una actividad fundamental de las partes, por lo que se trata de repartir la labor probatoria y no de un sistema rigurosamente inquisitivo, propio del proceso penal.”*

Derivado de todo lo que ha quedado señalado por los diversos autores y de acuerdo a la evolución histórica del proceso civil, es evidente que el principio dispositivo es el que ha gozado de un dominio constante y, fue solamente, con la consolidación de la monarquía cuando se produce como consecuencia una mayor intervención del juez en el proceso y cuando se da la Revolución Francesa, se vuelve al sistema que anteriormente regía. En la actualidad y derivado de la nueva concepción del proceso civil que ha causado una crisis al principio dispositivo junto con la superación del liberalismo, el principio inquisitivo ha experimentado,

⁴⁶⁶ ALSINA, Hugo, *Facultades...*, op. cit., p. 8.

⁴⁶⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Editorial Temis, Bogotá, 2009, p. 52.

⁴⁶⁸ *Ibíd*em, p. 31

hasta el momento, un auge un tanto desconocido teniendo los códigos procesales civiles actuales un tinte de influencia por tal corriente.

Con relación a la aplicación preferente de un principio u otro, Fairén Guillén⁴⁶⁹ opina que de acuerdo a los países, las características raciales y los conceptos políticos básicos, están configurados los procedimientos civiles y penales, de conformidad con un principio u otro y, al respecto, hay que hacer hincapié en la cuestión meramente política de los principios, sin olvidar que el carácter político existe en la administración de justicia de los diferentes países, ya que todo Estado obedece a unos principios y por tanto, cualquier manifestación de éste, constituye el reflejo de los mismos.

2.1. Italia

Cuando aludimos al derecho italiano, es importante destacar dos períodos importantes en este país, ellos son: antes y después del fascismo. En el primero de ellos Italia era regida, en toda su pureza, por el principio dispositivo y después, existió una influencia fascista total.⁴⁷⁰

La dirección de las reformas se orientó más bien a la restauración al principio de la autoridad dentro del proceso y se proclamó la fortificación del poder discrecional del juez, una mayor celeridad en el proceso y la aceptación del mayor poder inquisitivo. El proceso debe ser eminentemente político y restaurar el principio de la autoridad judicial, debe asegurar el interés público, la conciliación y la moralización procesal. Y todo ello como una repercusión muy clara de la lucha entre el constitucionalismo, el individualismo y el fascismo, de

⁴⁶⁹ FAIREN GUILLEN, Víctor, *La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, Revista argentina de derecho procesal, Buenos Aires, Núm. I y II , 1949, p. 188.

⁴⁷⁰ VIDAURRETA Y CASANOVA, Augusto, *El mejor proveer y su jurisprudencia*, La Habana, 1959, p 85.

conformidad con que éste último concibe al estado exclusivamente para fomentar los intereses de la comunidad, reconociendo los derechos individuales únicamente en función exclusiva de tales intereses.⁴⁷¹

El 28 de abril de 1940 dieron cima al vigente “*Código de Procedura Civile*”, en pleno apogeo a la Teoría General del Proceso y al principio de autoridad judicial.

Cappelletti⁴⁷²sostiene al respecto: “*Si bien es cierto que los autores de esta Ley se declaraban partidarios de un concepto autoritario del juez y de la justicia, en realidad se trataba únicamente de la proclamación de un programa sin consecuencias correctas.*”

El Código de 1940, entró en vigor el 21 de abril de 1942 y refuerza los poderes del juez sin apartarse de los principios clásicos del sistema dispositivo, en el que Calamadre lo considera no “mussoliano” pero no como “fascista”, lo que fue así para regir en una Italia democrática y liberal, reforzando los poderes del juez como director del proceso.⁴⁷³ Así las cosas, en sus artículos 112, 118, 210 y 250, regula el pronunciamiento que el juez debe hacer sobre la totalidad de la demanda dentro de los límites de la misma; en este sentido, la dirección del procedimiento está confiada al juez instructor y, en materia de pruebas el juez puede ordenar de oficio la inspección de personas o cosas.

⁴⁷¹ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/23/pr/pr14.pdf>.

⁴⁷² CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso* ... op. cit., p. 8.

⁴⁷³ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/23/pr/pr14.pdf>.

Tito Carancini ⁴⁷⁴, manifiesta como el dejar a las partes el derecho a iniciar el proceso y pedir la tutela jurisdiccional sobre determinado derecho material, no impide otorgarle al juez facultades inquisitivas en materia de pruebas *“una vez que la máquina haya sido puesta en marcha y que las partes no renuncian a ella”, que pueda “investigar en grado mayor o menor, a fin de reconstruir de la mejor manera posible el hecho del pleito”* y da como razón *“que no se corresponde con la misma naturaleza soberana de la función jurisdiccional el que los jueces, una vez recabada su actuación, deban permanecer completamente inertes, precisamente cuando se trate de reunir el material que están obligados apreciar.”*

Por su parte Carnelutti⁴⁷⁵ opina, respecto a la posibilidad por parte del juez de utilizar medios de prueba no propuestos por las partes el que *“siempre es posible y acaso más frecuentemente de los que parece, que si el juez fuese libre en el empleo del medio, y más especialmente en la deducción, llegase al descubrimiento de la verdad que a él se le oculta por la necesidad de atenerse a la regla jurídica de la búsqueda.”* Así Rocco⁴⁷⁶ dice que esas facultades del juez instructor hoy vienen a ser parte viva y vital del proceso y no ya el monigote de la voluntad de las partes.

El nuevo Código di Procedura Civile determina que corresponde a las partes la elección y la proposición de los medios de prueba y, en su artículo 115 señala: *“Salvo los casos previstos por la ley, el juez debe poner como fundamento de la decisión, las pruebas propuestas por las partes”*; de lo que se desprende la conservación del principio dispositivo puro.

⁴⁷⁴ CARNACINI, Tito, *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, Revista de la Facultad de Derecho de México, 1953, tomo III, núm. 12, p. 97-182.

⁴⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco, *La prueba...* op. cit., p. 22.

⁴⁷⁶ ROCCO, Hugo, *Trattato di diritto processuale civile*, Editorial 1957, Torino, Tomo II, 1957, p. 145-146.

En este sentido, Calamandre⁴⁷⁷ dice: *“En realidad, mientras para el ejercicio de la acción y para la concreta determinación del tema de la demanda, todo poder de iniciativa reconocido al juez sería incompatible con la naturaleza misma del derecho privado, no se puede decir igualmente que el carácter disponible de la relación sustancial controvertida lleve necesariamente a hacer depender de la iniciativa de parte la elección y la puesta en práctica de los medios de prueba...”*, así, el autor, afirma que el conferir al juez el poder de escoger y usar por sí los medios de prueba que considere idóneos para llegar a la verdad, dentro de lo pedido por las partes, no está peleado con el carácter disponible de la relación controvertida, pues es indiscutible que el juez debe gozar de cierta autonomía en la elección de los medios de prueba, ello derivado de una necesidad de orden técnico, lo que hace que el nuevo código tenga facultades más amplias que el antiguo.

El código de 1940 otorga las siguientes facultades al juez de la causa, que fueron un paso importante en el derecho procesal de la época,

- a).- Careo de testigos cuando existan discrepancias.
- b).- Llamar a deponer, de oficio, cuando por su conocimiento de los hechos, alguno de los testigos se refiere a otras persona.
- c).- Reexamen de testigos interrogados a fin de que aclaren sus manifestaciones o corregir irregularidades.
- d).- Facultad del juez de interrogar sobre lo que considere necesario para clarificar los hechos controvertidos.

⁴⁷⁷ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones...*, op. cit., p. 406.

Es importante destacar que el Código de Procedimientos Civiles Italiano no ha sufrido ninguna reforma respecto de dichos artículos y en la actualidad se encuentra reguladas las diligencias para mejor proveer.

2.2. España

Los antecedentes más remotos parecen encontrarse en las Partidas. La práctica fue concretando y utilizando lo que era un deseo de éstas: la conversión del juez espectador, en juez director y el hecho de que la expresión “para mejor proveer” se acuñó antes de 1855. Cabe destacar que la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de España lo único que hizo fue recoger y sancionar lo que en la práctica ya se usaba de manera común⁴⁷⁸.

El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835 señala, respecto a las diligencias para mejor proveer, lo siguiente⁴⁷⁹:

a).- Se practicarían una vez concluida la causa y antes de dictarse Sentencia.

b).- Se habla de “defectos sustanciales” y de “cabal conocimiento de la verdad” de lo que resulta notable la importancia del fondo sobre la forma y la verdad real sobre lo formal.

c).- No aparece la frase “para mejor proveer” sino “para determinar mejor” pretendiendo determinar una actividad judicial tendiente a facilitar la labor resolutoria.

⁴⁷⁸ www.institutoderechoprocesal.org/.

⁴⁷⁹ www.poderjudicial.es/eversuite.

d).- Se advierte al juez, que las dilaciones innecesarias son su responsabilidad porque depende exclusivamente de él la iniciativa y, a la práctica de cuanta diligencia considere necesaria.

En las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que regulan los Consejos Provinciales y el Consejo Real, autorizaban a practicar de oficio cualquier diligencia de prueba, excepto la testifical.

Un punto importante en la legislación procesal española lo es la llamada Instrucción del Marqués de Gerona⁴⁸⁰, ella señala que los tribunales y jueces pueden decretar para mejor proveer la práctica de cuantas diligencias estime necesarias, con citación de las partes, situación que incumbe tanto a órganos individuales como colegiados.

Así, llegamos a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la cual recogió la práctica anterior y la aplicó a la materia civil. En su artículo 48,⁴⁸¹ recorta las posibilidades de la Instrucción del Marqués de Gerona y da la misma capacidad a los jueces y tribunales para acordarlas sin especificar el momento procesal, práctica, impugnabilidad o no del acuerdo, intervención de las partes, etc. De igual manera, en ese artículo sanciona expresamente lo que la práctica permitía al respecto.

Gómez de la Serna⁴⁸² menciona al respecto que: *“era vaga e incierta la antigua práctica respecto de los autos para mejor proveer y es que no*

⁴⁸⁰ Instrucción para arreglar el procedimiento en los negocios civiles con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria, de 30 de septiembre de 185, eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t28060.pdf.

⁴⁸¹ [www.campus.academiadederecho.org/.../...](http://www.campus.academiadederecho.org/.../)

⁴⁸² GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de enjuiciamiento civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857, p. 21 (bajo el epígrafe “Autos para mejor proveer”)

había regla escrita en la Ley que la autorizara, sino que por interpretación la había admitido la jurisprudencia. Los jueces y tribunales no tenían inconveniente en decretar, para mejor proveer, toda clase de diligencias probatorias.”

Montalbán⁴⁸³ señala: *“Si los jueces y tribunales tienen dudas para la determinación del litigio, deben pedir las noticias que crean convenientes para el esclarecimiento de la verdad; y aún si juzgaran conducente para llenar aquel objeto, tomar alguna declaración o practicar alguna diligencia, pueden acodarlo así por medio de auto para mejor proveer.”*

García Goyena⁴⁸⁴ sostiene *“Si el juez tuviere dudas para fallar el litigio y juzgare oportuna alguna diligencia, noticia o informe para el esclarecimiento de la verdad, podrá mandar lo conveniente para atraer al proceso esos nuevos méritos por auto que se llama para mejor proveer.”*

Las leyes de 20 de abril y 18 de junio de 1870 sobre causas por delitos contra la Constitución del Estado, seguridad interior y exterior del mismo y el orden público, señalan que si el juez hallare en la causa defectos sustanciales que subsanar o faltaren algunas diligencias precisas para el conocimiento de la verdad, acordara para mejor proveer la práctica de otras necesaria, bajo su responsabilidad en caso de innecesarias dilataciones.

Con todo lo anterior, llegamos a la segunda y última Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, promulgada el 3 de febrero y rige desde el

⁴⁸³ MONTALBAN, Juan Manuel, *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, 2ª. Edición, librería Sánchez, Madrid, 1855, Tomo I, p. 393.

⁴⁸⁴ GARCÍA GOYENA, Florencio, et. al., *Febrero reformado*, 4ª. Edición, Imprenta y Librería Gaspar y Roig Editores, Madrid, tomo IV, 1852, p. 118.

1 de abril del mismo año, misma que se encuentra vigente en España y en sus artículos 340, 341 y 342, regula todo lo concerniente a las diligencias para mejor proveer.

Así, el artículo 340 concuerda con el artículo 48 de la Ley de 1855, adicionando declaraciones relativas para resolver dudas y cuestiones que se hayan suscitado en la práctica, referente al momento de la providencia y denegación total de recursos y limitada y condicionada a la intervención de las partes en su ejecución.

Los artículos 341 y 342 no tienen precedente legal alguno en la legislación española y su objeto es, en su lógica deducción, evitar que las providencias para mejor proveer, permitidas por el artículo 340, den ocasión a la dilación del proceso⁴⁸⁵

Por todo lo anterior, las providencias en las que se acuerdan medidas para mejor proveer no necesitan justificación ni explicación alguna, quedando como facultad del juez su ordenación sin existir la posibilidad de recurso alguno.

Todos los textos procesales hispanoamericanos incorporan las medidas para mejor proveer y de ahí, surge la evolución que será diferente, aunque con base común. Y así el deseo de Alfonso el Sabio recogido en sucesivos compilaciones y recopilaciones a través de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil Española, dejó de ser privativa de España.

⁴⁸⁵ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Imprenta y Encuadernación de A. de J. Lozano, Madrid, Volumen III, 1892, p. 62-63.

No obstante a lo anterior, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española sufrió la reforma 1/2000, de 7 de enero, en la que las diligencias para mejor proveer quedan como diligencias finales, mismas que se encuentran reguladas en el Capítulo IV De la Sentencia, artículos 434, 435 y 436,⁴⁸⁶ mismos que a continuación se transcriben.

“Artículo 434. Sentencia.

1. La sentencia se dictará dentro de los veinte días siguientes a la terminación del juicio.

2. Si, dentro del plazo para dictar sentencia y conforme a lo prevenido en los artículos siguientes, se acordasen diligencias finales, quedará en suspenso el plazo para dictar aquélla.

3. Se podrá suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal.

Contra el auto de suspensión del proceso sólo se dará recurso de reposición.”

“Artículo 435. Diligencias finales. Procedencia.

⁴⁸⁶ www.civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/default.htm.

1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:

1.^a No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.

2.^a Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.

3.^a También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.

2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.”

“Artículo 436. Plazo para la práctica de las diligencias finales. Sentencia posterior.

1. Las diligencias que se acuerden según lo dispuesto en los artículos anteriores se llevarán a cabo, dentro del plazo de veinte días y en la fecha que señale a tal efecto, de resultar necesario, el Secretario judicial, en la forma establecida en esta ley para las pruebas de su clase. Una vez practicadas, las partes podrán,

dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado.

2. El plazo de veinte días para dictar sentencia volverá a computarse cuando transcurra el otorgado a las partes para presentar el escrito a que se refiere el apartado anterior.”

La reforma denota una mayor regulación sobre la actividad del juez en el proceso, en específico, respecto de sobre la ordenanza de pruebas a fin de dictar una sentencia apegada a la verdad de los hechos y evitar que los juzgadores puedan incurrir en algún delito o bien, que trasgredan el principio de igualdad y equidad que debe regir en todo proceso.

3.- HISPANOAMÉRICA

En los últimos treinta años, en los Códigos de Procedimientos Civiles aparece una tendencia de darle al juez facultades, únicamente, para la producción oficiosa de pruebas, sin que ello sea óbice para que se abandone el principio dispositivo, por tanto, el mayor peso de la actividad probatoria sigue en las partes, lo que hace palpable el creciente interés a favor de una mayor intervención del órgano judicial en el proceso civil, sin embargo los autores como Planiol y Ripert consideran dicha tendencia como una violación a la regla fundamental de la neutralidad.⁴⁸⁷

Esquivel Obregón⁴⁸⁸ opina que aun cuando España, en su momento de dominación, trató de imponer a los pueblos americanos su cultura jurídica, se encontró con una tradición indígena de siglos y que, aún y cuando las Leyes de Indias, apoyada en información directa de los hechos e inspirada en fines

⁴⁸⁷ www.es.scribd.com/doc/.../Tratado-de-Derecho-Civil-Parte-General-Tomo.

⁴⁸⁸ ESQUIVEL OBREGON, citado por BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, 3ª. Edición, México, 1970, p. 232.

religiosos, logró una aproximación, jamás logró la adaptación plena del indio a la legislación española.

Con la independencia política de los países hispanoamericanos, surge también la paulatina separación jurídica, sin desaparecer la herencia española, ya que después de su independencia se aplicaba el derecho español en todo lo que no se opusiera al nacional, pues el espíritu, la forma y la influencia en las legislaciones hispanoamericanas continuó, tan es así que la Ley del Enjuiciamiento Civil española de 1855, constituye un reflejo fiel de lo señalado, por la influencia del liberalismo del siglo XIX, el principio de la absoluta pasividad del juez en la conducción del proceso y en la producción de la prueba. Por otra parte se trataba de procesos de lato conocimiento, desconcentrados, donde cada trámite permitía pasar al siguiente si no se realizaba dentro del plazo establecido por la ley, siempre y cuando se acusara la rebeldía por la contraria, y la única posibilidad del juez de la causa de producir prueba de propia iniciativa, era una vez ya concluida su tramitación y estando vigente el plazo para pronunciar la sentencia definitiva, a través de la institución de las “medidas para mejor resolver”.⁴⁸⁹

3.1. Argentina

En la Ley 14.237 de 1953 se introdujo la reforma en el sentido de dar al juez facultades más amplias en el proceso y, al respecto, Rodríguez y Peña⁴⁹⁰, menciona “siguiendo la tendencia moderna que acuerda al magistrado mayores facultades”. Por su parte Enrique Fornatti⁴⁹¹ señala que la reforma estuvo de acuerdo “con el carácter y fines publicistas del moderno proceso civil”.

⁴⁸⁹ TAVOLARI OLIVEROS, RAUL, *Diligencias para mejor proveer: Antiguos y nuevos problemas, Tribunales, jurisdicción y proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 13.

⁴⁹⁰ RODRIGUEZ Y PEÑA, Nicolás, *Derecho procesal civil*, Editorial Buenos Aires, Buenos Aires, 1956, p. 65.

⁴⁹¹ FORNATTI, Enrique, *Estudios de derecho procesal*, Librería Jurídica Valerio, Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1956, p. 151.

La Ley 14.237 de Reforma del Código de procedimientos civiles y comerciales de Argentina, en su artículo 21, autoriza a los jueces a ordenar “*las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos*”. Así, se le otorga al juzgador las facultades para ordenar todas las medidas que considere necesarias, las cuales ya no están limitadas ni en la clase de pruebas ni en el momento de ordenarlas.

Derivado de ello, se percibe una confusión en el derecho procesal argentino, ya que por una parte se le da al juez la facultad sobre la prueba en la fase probatoria y, le otorgan la posibilidad de acordar medidas para mejor proveer, situación que a consideración de Sentís Melendo⁴⁹² ha ocurrido como consecuencia de las reformas parciales de los códigos o bien, derivado de un desconocimiento del significado de las medidas para mejor proveer.

En los códigos más actuales, el juez puede acordar medidas relativas a la prueba en todo momento, no es necesario un precepto especial que lo autorice hacer en un momento determinado de proceso; ello derivado a que en las diligencias para mejor proveer, el juez dueño de la sentencia ha sido espectador durante el proceso y ordena las medidas para lograr una sentencia más justa y, la iniciativa del juez durante la etapa probatoria, éste es el director del proceso y tiene el deber de conseguir la aportación de los elementos probatorios suficientes.

Sin embargo, la Ley 17.454, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, modificado por la Ley 25.488 del 22 de noviembre de 2001⁴⁹³, en su

⁴⁹² SENTIS MELENDO, Santiago, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, vol. I, 1967, p. 393- 394.

⁴⁹³ www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civilargentina.pdf
www.estudiojuridicober.com.ar/articulos/proces.asp.

artículo 36, regula los deberes y facultades ordenatorias e instructoras de los juzgadores:

Artículo 36: DEBERES Y FACULTADES ORDENATORIAS E INSTRUCTORIAS.-

**ARTÍCULO 36.- Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán: 1) Tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso. A tal efecto, vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias.*

2) Intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos. En cualquier momento podrá disponer la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación.

3) Proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria. En todos los casos la mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento.

4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:

a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;

b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;

c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las

partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389.

5) Impulsar de oficio el trámite, cuando existan fondos inactivos de menores o incapaces, a fin de que los representantes legales de éstos o, en su caso, el Asesor de Menores, efectúen las propuestas que estimen más convenientes en interés del menor o incapaz, sin perjuicio de los deberes propios de dicho funcionario con igual objeto.

6) Corregir, en la oportunidad establecida en el artículo 166, inciso 1) y 2), errores materiales, aclarar conceptos oscuros, o suplir cualquier omisión de la sentencia acerca de las pretensiones discutidas en el litigio, siempre que la enmienda, aclaración o agregado no altere lo sustancial de la decisión.

Con dicha modificación, los juzgadores tienen facultad total y absoluta para ordenar las diligencias que consideren necesarias para esclarecer la verdad de los hechos, siempre y cuando se respete el derecho de defensa de las partes en el juicio, es decir, el juez se puede hacer llegar de cualquier prueba (documental, comparecencias, testimoniales, etc.), que considere necesarias para emitir su sentencia con la única salvedad de que salvaguarden y sean tomadas en consideración las defensas que las partes han hecho valer en el juicio.

3.2. Colombia

El código procesal civil entró en vigor el 1 de julio de 1971 y en el destaca lo siguiente:

- El deber del juez de conducir y acelerar el proceso, evitando dilaciones.
- Atribuciones oficiosas al juez relativas a la prueba.

- Utilizar todos los medios de prueba, libre apreciación de las pruebas por el juez y la facultad de ordenar de oficio pruebas, menos la testimonial.

El artículo 180 del ordenamiento procesal civil, dispone⁴⁹⁴:

“Artículo 180. Decreto y Práctica de Pruebas de Oficio. Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar. Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso.”

Sin embargo López Blanco⁴⁹⁵ señala que dicha facultad no es total, pues se le limita mediante la prueba testimonial que, según el artículo 179 del Código Procesal Civil⁴⁹⁶, el juez solo puede decretar testimonios de oficio, siempre y cuando el nombre de los testigos aparezca señalado en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes, al establecer:

“ARTÍCULO 179. PRUEBA DE OFICIO Y A PETICION DE PARTE. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.”

⁴⁹⁴ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil.html#1.

⁴⁹⁵ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, parte general, Bogotá, 1974, p. 33.

⁴⁹⁶ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil.html#1.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.”

Al respecto no ha existido ninguna reforma, ni modificación a la Ley por lo que los preceptos legales señalados se encuentran vigentes y de lo cual, podemos determinar que no existe una limitación de la facultad del juez a ordenar la práctica de algunas pruebas de oficio de manera exclusiva, antes de dictar sentencia, sino que se autorizan éstas durante el período probatorio, además de permitir la intervención posterior o simultánea de las partes, sin que ello restrinja la facultad del juez de contribuir a una mejor administración de justicia.

3.3. Chile

Las medidas para mejor resolver, como son llamadas en Chile, son tratadas en el Código de Procedimiento Civil Chileno en su artículo 159, dentro del libro I, siendo por lo tanto una regla común a todo procedimiento, las cuales se desarrolla a partir del sistema procesal inquisitivo, lo cual ya se manifestaba en la Partida Tercera, Ley XI, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, el cual fue el antecedente en vista de nuestro legislador de la época en la dictación del Código de Procedimiento Civil en 1902, lo cual en lo sustancial se mantiene hasta hoy.⁴⁹⁷

El artículo 159 del Código de Procedimiento Civil de Chile⁴⁹⁸, establece:

⁴⁹⁷ www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000300013.

⁴⁹⁸ <http://www.nuestroabogado.cl/codprocivil.htm>.

Art. 159. Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio, medidas para mejor resolver.

Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431 podrán dictar alguna o algunas de las siguientes medidas:

- 1. La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;*
- 2. La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados;*
- 3. La inspección personal del objeto de la cuestión;*
- 4. El informe de peritos;*
- 5. La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios; y*
- 6. La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito. Esta medida se cumplirá de conformidad a lo establecido en el inciso 3 del artículo 37.*

En este último caso y siempre que se hubiese remitido el expediente original, éste quedará en poder del tribunal que decreta esta medida sólo por el tiempo estrictamente necesario para su examen, no pudiendo exceder de ocho días este término si se trata de autos pendientes.

La resolución que se dicte deberá ser notificada por el estado diario a las partes y se aplicará el artículo 433, salvo en lo estrictamente relacionado con dichas medidas. Las medidas decretadas deberán cumplirse dentro del plazo de veinte días, contados desde la fecha de la notificación de la resolución que las decreta. Vencido este plazo, las medidas no cumplidas se

tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia, sin más trámite.

Si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba, no superior a ocho días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal designe. En este evento, se aplicará lo establecido en el inciso segundo del artículo 90. Vencido el término de prueba, el tribunal dictará sentencia sin más trámite.

Las providencias que se decreten en conformidad al presente artículo serán inapelables, salvo las que dicte un tribunal de primera instancia disponiendo informe de peritos o abriendo el término especial de prueba que establece el inciso precedente.

En estos casos procederá la apelación en el solo efecto devolutivo.

El precepto legal invocado no ha sido modificado ni reformado y, podemos decir que el objeto de las medidas para mejor resolver no es más que decretar la producción o realización de una o más pruebas, y para esto el procedimiento al cual se someterá, es aquel que señala las reglas generales acerca del medio de prueba que se trate, teniendo así la misma fuerza probatoria que tendría si hubiese sido realizada por alguna de las partes y esta medida se integra al proceso y por consiguiente el juez está en condiciones de valorarla siguiendo la regulación existente en el Código de Procedimiento Civil.

Es un hecho indiscutible que la mayoría de los Códigos Procesales modernos han potenciado los poderes del juez en el conflicto civil. En general las diversas legislaciones procesales siguen recogiendo el principio dispositivo en cuanto a la iniciativa del proceso, su objeto y los hechos de la causa;

empero han permitido el ingreso de notas inquisitivas en cuanto al impulso posterior del proceso y a la iniciativa probatoria.

No pocos critican la anterior tendencia. Se sostiene que las facultades procesales del juez deben ser sumamente limitadas, pues solo de ese modo se salvaguarda el derecho de defensa que asiste a las partes y que garantiza la seguridad jurídica.

Del estudio y análisis de las diversas legislaciones que han tenido influencia en nuestro derecho y, de aquellas que no tienen influencia pero que si compartimos las mismas bases e ideas, podemos concluir que es evidente que nuestro derecho procesal va un paso atrás que los demás, pues los legisladores de los países investigados, permiten al juez, con ciertas condiciones, el atraer o allegarse de elementos suficientes que considere necesarios a fin de que al momento de dictar sentencia, la misma sea total y absolutamente apegada a la verdad de los hechos y a favor de quien tiene la razón, situación que en nuestra legislación no sucede, ya que si bien es cierto que los Códigos dan al juez la facultad de solicitar pruebas para mejor proveer, también lo es que en la práctica la inmensa mayoría de jueces o magistrados, se abstienen de utilizar la misma porque no se encuentra completamente regulada y podrían encuadrar en algún tipo de delito, por lo que es necesaria la regulación inmediata de la figura como se encuentra en los países con los que compramos nuestra Ley.

4.- LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER

4.1. Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En la actualidad, es muy común, escuchar acerca de los Derechos Humanos, sin embargo no existe una claridad relacionada con el significado de éstos. Doctrinalmente, se ha intentado ubicar a éstos como un conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantías de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente⁴⁹⁹. Sin embargo, existe una contradicción a estos conceptos ya que si partimos de la base de que todos los derechos son humanos, entonces porque tratar de darles un concepto más específico.

Lo anterior no es otra cosa más que el resultado de intentar plasmar todos los derechos humanos en una norma, es decir, lograr el reconocimiento expreso de los mismos y, por tanto, los mismos se vislumbran como actuales aunque en realidad éstos existen desde Los Diez Mandamientos y hasta el Código de Hammurabi o las Leyes de Solón. El tránsito histórico de ésta preocupación de la humanidad ha quedado plasmado en diversos documentos, desde el Fuero de León de 1118, hasta la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y de la Ciudadano de 1789, pasando por el Fuero de Cuenca de 1189, la Carta Magna Inglesa de 1215, hasta el Bill of Rights de 1689⁵⁰⁰.

Sin embargo, la cúspide de este proceso evolutivo no dio un vuelco hasta el siglo XX y sus logros más sobresalientes han sido a).- La

⁴⁹⁹ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, *Diccionario Jurídico Mexicano*, voz Derechos Humanos, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1987, p. 1063.

⁵⁰⁰ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, op. cit., nota 3, p. 1064.

constitucionalización de las garantías procesales y b).- La protección de estas mismas garantías o derechos en instrumentos internacionales, convirtiéndolos en derechos supranacionales, protegidos por reglas, mecanismos e instituciones también supranacionales⁵⁰¹.

Aún, cuando en las legislaciones nacionales abundan las disposiciones sobre la prueba como consecuencia del desarrollo en las últimas décadas del derecho procesal, son pocas las normas que regulan esta materia en los procesos ante los tribunales internacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Reglamento aprobado en su XXXIV período ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996 y en vigor el 1 de enero de 1997, concentró en el Capítulo IV, todo lo relativo a la prueba, en un intento de sistematizar la materia que en reglamentos anteriores se resolvía en disposiciones dispersas.⁵⁰²

La regulación vigente de la Corte internacional de Justicia tiene su origen en la Corte Permanente Internacional de Justicia creada en 1920 pues de conformidad con el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia debía fundamentarse en su predecesora, la corte permanente internacional de justicia, sin que se hayan producido diferencias en las disposiciones sobre la materia probatoria, lo que ha permitido aprovechar la práctica acumulada, en ambos tribunales.⁵⁰³

⁵⁰¹ GOMEZ LARA, Cipriano, *El debido proceso como derecho humano*, www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/17.pdf.

⁵⁰² www.bibliojuridica.org/libros.

⁵⁰³ Ídem

Uno de los principios establecidos por la Corte Internacional de Justicia, destacado por la doctrina jurídica e incorporado en las legislaciones procesales de derecho interno, se refiere a la afirmación de que, en cuanto al fondo del derecho, la justicia internacional en su desarrollo flexible y empírico rechaza el exclusivo sistema de pruebas legales que impone al juez conducta restrictiva particularmente en la prohibición de determinadas pruebas. El juez debe gozar de una gran libertad en la apreciación de la prueba a fin de que pueda elaborar su convicción sin estar limitado por reglas rígidas.⁵⁰⁴

Asimismo la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en materia probatoria ella no tiene un papel pasivo y debe tomar la iniciativa de traer a proceso las pruebas que considere pertinentes si estima que las existentes no son suficientes para cumplir sus finalidades. Así lo dispone el artículo 48 del Estatuto de la Corte⁵⁰⁵, al ordenar *“La Corte dictará las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y los términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos y adoptará las medidas necesarias para la práctica de las pruebas.”* En el mismo sentido el artículo 49 *eiusdem*,⁵⁰⁶ dispone que, *“aún antes de empezar una vista, puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones. Si se negaren a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho”*. Igualmente puede la Corte (artículo 34, párrafo segundo)⁵⁰⁷, *“...solicitar de organizaciones internacionales pública información relativa a casos que se litiguen en la Corte y recibirá la información que dichas organizaciones envíen por iniciativa propia.”*

⁵⁰⁴ www.juridicas.unam.mx.

⁵⁰⁵ www.cidh.org/Basicos/basicos9.htm.

⁵⁰⁶ Ídem.

⁵⁰⁷ Ídem.

El concepto de carga de la prueba debe ser enfocado desde un ángulo diferente en el derecho internacional, pues ante la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, los sujetos, actor y demandado, no siempre aparecen totalmente delineados, concretamente cuando se han sometido a la jurisdicción de la Corte por acuerdo entre ellos.⁵⁰⁸

Es evidente, además, la influencia de la doctrina jurídica contemporánea en la jurisprudencia sobre la prueba. La obra de Alcalá Zamora, Sentís Melendo, Couture, Fix-Zamudio, Vescovi, Devis Echandia, en América, ha permitido la transformación del procedimentalismo clásico en el actual procesalismo y que el derecho procesal haya dejado de ser un ápice del civil o penal para convertirse en una rama propia e independiente del derecho dotada de principios fundamentales con un rico contenido doctrinario.⁵⁰⁹

La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se nutre, no sólo de su propia experiencia como órgano creador del derecho, a través de la jurisprudencia, y de las normas procedimentales, por la facultad que tiene de dictar su Reglamento, sino también de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales y de la teoría del moderno derecho procesal.⁵¹⁰

4.2. Instrumentos normativos en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada por Resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959. En dicha resolución se decidió

⁵⁰⁸ www.juridicas.unam.mx.

⁵⁰⁹ Ídem.

⁵¹⁰ www.bibliojuridica.org/libros.

crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros elegidos a título personal de ternas presentadas por los Gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargado de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo consejo y tendrá atribuciones específicas que este le señale.⁵¹¹

El artículo 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵¹² atribuyó a la Comisión el carácter de *“órgano competente, al igual que a la Corte Interamericana, para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la Convención.”*

Así el artículo 39 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵¹³ ordena a la Comisión la preparación de su Estatuto, el cual será sometido a la aprobación de la Asamblea General; igualmente lo autoriza para dictar su Reglamento.

Varios preceptos de éste tratan la materia probatoria. Por ejemplo, el artículo 42 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos⁵¹⁴ establece la presunción sobre la veracidad de los hechos relatados en la petición y cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Gobierno del estado aludido si, en el plazo máximo fijado por la Comisión de conformidad con el artículo 34, párrafo 5, dicho gobierno no suministrare la información correspondiente, siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultará una conclusión diversa.

⁵¹¹ Ídem.

⁵¹² www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html.

⁵¹³ Ídem

⁵¹⁴ Ídem

El artículo 44.1 de la Convención en cita⁵¹⁵ dispone que: *“si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación in loco para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias”*. El artículo 44.5 de la multicitada Convención⁵¹⁶ dispone, en el procedimiento de solución amistosa, que *“La Comisión señalará un término para la recepción y obtención de pruebas, fijará fechas para la celebración de audiencias, si proceden, indicará, si es necesario la práctica de una observación in loco que se realizará mediante la anuencia del correspondiente Estado y señalará un término para la conclusión del procedimiento, término que podrá ser prorrogado a juicio de la Comisión.”*

El artículo 48⁵¹⁷ dispone que *“De no llegarse a una solución amistosa la Comisión examinará las pruebas que suministre o que obtenga mediante documentos, registros, publicaciones oficiales, o mediante una investigación in loco; una vez examinadas las pruebas, la Comisión preparará un informe en el que expondrá los hechos y las conclusiones respecto al caso sometido a su conocimiento.”*

Por último el artículo 72 del Reglamento de la Comisión⁵¹⁸, establece que ésta podrá solicitar a la Corte la comparecencia de otras personas, además de quienes fueron oídas en el trámite ante la comisión, en carácter de testigos o expertos. A la comparecencia de dichos testigos o expertos se ajustarán a lo dispuesto en el Reglamento de la Corte.

⁵¹⁵ Ídem

⁵¹⁶ Ídem

⁵¹⁷ www.corteidh.or.cr/reglamento/regla_esp.pdf. Consultada el

⁵¹⁸ Ídem

El Reglamento de la Corte, vigente desde el 1 de enero de 1997, dedica el Capítulo IV del Título II a la prueba en el proceso contencioso ante la corte, así en su artículo 43 se refiere a la admisión de las pruebas; el artículo 44 a las diligencias probatorias de oficio, el artículo 45 a gastos de la prueba; el artículo 46, a la citación de testigos y peritos; el artículo 47, aún solemne de testigos y peritos, el artículo 48, a las objeciones contra testigos; el artículo 49 a la recusación de peritos, el artículo 50 a la protección de testigos y peritos y el artículo 51 a la incomparecencia o falsa deposición.⁵¹⁹

Por tanto, los Reglamentos de la Comisión y de la Corte, constituyen los instrumentos procedimentales básicos en materia probatoria en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

El sistema de pruebas ante la Corte Internacional de justicia, tal como lo ordena el Estatuto y Reglamento, otorga amplia libertad a las partes y a la Corte misma. No limita la presentación de cualquier tipo de evidencia ni contiene preceptos relativos al valor que debe dársele.

El proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, aun cuando mantiene el principio de legalidad de los medios, autoriza la utilización de otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente permitidos por la ley, artículo 136.

El principio de libertad no sólo atañe a las partes, conforme al principio dispositivo, sino también al juez, quien tiene la obligación de averiguar la verdad real, principio inquisitivo. El artículo 44 del Reglamento de la Corte interamericana

⁵¹⁹ Ídem

de Derechos humanos⁵²⁰ dispone que en cualquier estado de la causa pueda la Corte procurar de oficio toda prueba que considere útil. La práctica en dicho Tribunal demuestra que además de los medios específicos señalados en el Reglamento, la corte ha admitido la presentación de un video, la declaración de un perito, testigo, la declaración de la víctima, entre otros.

El artículo 43 del Reglamento⁵²¹ de la corte supone que las pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son señaladas en la demanda y su contestación y, en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación, excepcionalmente la Corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervenientes en momentos distintos a lo antes señalado, siempre que se garantice a la contraria el derecho de defensa.

La evacuación o desahogo de la prueba en el procedimiento ante la Corte Interamericana, tiene lugar en la fase oral del proceso, en la audiencia que con tal propósito fije el Presidente, con frecuencia los Jueces de la Corte Interamericana, como de la internacional de Justicia, hacen preguntas a los testigos o peritos para aclarar algunos aspectos de su declaración y se ha concluido que en la práctica, no ha habido resultados negativos y ha servido a la finalidad de suministrar información tanto de los hechos, como del derecho, antes de que la sentencia sea dictada.

El artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana⁵²² dispone las diligencias probatorias que, de oficio, pueden ordenar el Tribunal tales diligencias

⁵²⁰ Ídem

⁵²¹ Ídem

⁵²² Ídem

son: 1.- Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular podrá oír en calidad de testigo, perito o por cualquier otro título a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente. 2.- Requerir de las partes el suministro de alguna prueba que esté a su alcance o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil; 3.- Solicitar de cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección que obtenga una información o exprese una opinión o haga un informe o dictamen sobre un punto determinado. 4.- Comisionar a uno o varios de sus miembros para que realice una averiguación, una inspección judicial o cualquier otra medida de instrucción.

Estas facultades no son taxativas, tampoco la relación de los medios probatorios, puede la Corte, por ejemplo, admitir y valorar los indicios, las pruebas circunstanciales, las presunciones o inferencias que resulten de los autos, oír la declaración de la víctima y recurrir a máximas de experiencia respecto de una situación determinada. Se trata de las llamadas pruebas indirectas en la construcción jurisprudencial de la Corte. También puede el Tribunal apreciar las consecuencias que se derivan de alguna actuación u omisión de las partes, por ejemplo, de la no contestación de la demanda o de la negativa de alguna de las partes para suministrar a la Corte una información requerida oportunamente, pudiendo dar por cierto el hecho que se trata de establecer; puede igualmente apreciar el valor indiciario o circunstancial de los informes policiales.

La función esencial de la Corte es la protección de los derechos humanos y de ello deriva la amplitud de sus poderes para determinar si, en efecto, se ha producido una infracción por parte del Estado y la violación de los derechos fundamentales protegidos internacionalmente.

4.3. Comisión Nacional de Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal

En México, la Ley Nacional de Derechos Humanos en sus artículos 39, 40 y 41⁵²³, regula lo relativo a las medidas para mejor proveer, en específico en la etapa de pruebas y determina:

Artículo 39.- Cuando para la resolución de un asunto se requiera una investigación, el Visitador General tendrá las siguientes facultades:

I.- Pedir a las autoridades o servidores públicos a los que se imputen violaciones de derechos humanos, la presentación de informes o documentación adicional;

II.- Solicitar de otras autoridades, servidores públicos o particulares todo género de documentos e informes;

III.- Practicar visitas e inspecciones, ya sea personalmente o por medio del personal técnico o profesional bajo su dirección en términos de ley;

IV.- Citar a las personas que deban comparecer como peritos o testigos; y

V.- Efectuar todas las demás acciones que conforme a derecho juzgue convenientes para el mejor conocimiento del asunto.

Artículo 40.- El Visitador General tendrá la facultad de solicitar en cualquier momento a las autoridades competentes, que se tomen todas las medidas precautorias o cautelares necesarias para evitar la consumación irreparable de las violaciones denunciadas o reclamadas, o la producción de daños de difícil reparación a los

⁵²³ www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/47.doc.

afectados, así como solicitar su modificación cuando cambien las situaciones que las justificaron.

Dichas medidas pueden ser de conservación o restitutorias, según lo requiera la naturaleza del asunto.

Artículo 41.- Las pruebas que se presenten, tanto por los interesados como por las autoridades o servidores públicos a los que se imputen las violaciones, o bien que la Comisión Nacional requiera y recabe de oficio, serán valoradas en su conjunto por el Visitador General, de acuerdo con los principios de la lógica y de la experiencia, y en su caso de la legalidad, a fin de que puedan producir convicción sobre los hechos materia de la queja.

En su artículo 41 la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal⁵²⁴ regula, lo que podemos equiparar como prueba para mejor proveer, y al respecto señala:

Artículo 41.- Cuando la queja no se resuelva de manera inmediata la Comisión iniciará las investigaciones del caso, para lo cual tendrá las siguientes facultades:

I. Pedir a las autoridades o servidores públicos a los que se imputen las violaciones de derechos humanos la presentación de informes o documentos complementarios;

⁵²⁴ www.cdhdh.org.mx/.

II. Solicitar de otros particulares, autoridades o servidores públicos documentos e informes relacionados con el asunto materia de la investigación;

III. Practicar visitas e inspecciones, mediante personal técnico o profesional;

IV. Citar a las personas que deben comparecer como testigos o peritos, y

V. Efectuar todas las demás acciones que juzgue convenientes para el mejor conocimiento del asunto.

De lo anterior podemos señalar que la propia Comisión de Derecho Humanos, tanto Nacional como la del Distrito Federal, confiere facultades para que quienes están al frente de alguna investigación (generalmente los visitadores), previo a emitir su recomendación, se alleguen de todo aquello que consideren necesario para llegar a la verdad de los hechos.

CONCLUSIONES

Primera.- El proceso que se aplica en nuestro sistema mexicano es el dispositivo, aunque desde un punto de vista objetivo, tiene tintes de un proceso publicista, en donde el juez no es un simple espectador de la contienda, sino que toma en consideración la posición de cada parte con la finalidad de mantener una igualdad entre ellas, con independencia a la desigualdad social y económica que exista.

Segunda.- El proceso publicista reconoce que la igualdad de las partes no existe ahí, donde contienden dos sujetos social y económicamente desiguales, por lo que resulta necesario dotar al juzgador de medios que posibiliten esa igualdad en la contienda.

Tercera.- Las pruebas son, precisamente, los medios a través de las cuales es posible llevar al ánimo del juez el convencimiento de que los hechos afirmados por las partes son falsos o verdaderos.

Cuarta.- La carga de la prueba es la necesidad que tienen las partes en un proceso a fin de aportar los medios con los cuales acreditan los hechos en los que fundan sus respectivas pretensiones y de esta forma evitar una sentencia en contra.

Quinta.- El fin de la prueba es lograr la convicción o certeza del juez sobre los hechos controvertidos. Si la certeza a la que llega el juez por medio de las pruebas corresponde a la realidad, se estará en la verdad.

Sexta.- Los antecedentes históricos más remotos de la prueba para mejor proveer los encontramos en Roma en el Proceso Extraordinario, ya que el magistrado podía por iniciativa propia solicitar otros medios de prueba si lo consideraba necesario.

Séptima.- Las pruebas para mejor proveer o diligencias para mejor proveer proceden, únicamente, cuando son solicitadas por el juzgador y constituyen una facultad discrecional dada al juez para indagar de oficio los hechos que le fueron ofrecidos por las partes y sobre los cuales no tienen suficiente certeza y considera necesario allegarse de más pruebas, de las cuales no sabe a quién puede beneficiar.

Octava.- La finalidad de las pruebas o diligencias para mejor proveer es aclarar dudas que puedan existir en el ánimo del juzgador, por lo cual es privativa de éste la facultad de acordarlas y de dejarlas sin efecto; por lo tanto, debe hacer uso de ellas con absoluta libertad, de manera espontánea y no a petición de parte.

Novena.- Las diligencias para mejor proveer son actos de instrucción de carácter facultativo y discrecional realizados por iniciativa del órgano jurisdiccional para formar su propia convicción sobre el material del proceso. Son totalmente ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo. Constituyen una "facultad inquisitiva", se impone moderación en su uso para evitar suplencia de la negligencia de la parte cuyo deber es probar lo que alega y tiene como finalidad esclarecer algún hecho controvertido con influencia en la resolución de la Litis.

Décima.- El juez debe hacer todo aquello que formando parte de sus poderes o facultades, contribuya a una adecuada administración de la justicia.

Décima Primera.- Las diligencias para mejor proveer representan la oportunidad institucional para que los jueces maximicen su convicción a la hora de resolver problemas relacionados con la prueba o la calificación normativa de los hechos. Su carácter inquisitivo, desde el punto de vista procesal, nada tienen que ver con el desequilibrio de los principios ordenadores del proceso, pues bien aplicadas estas medidas se dirigen al servicio de la verdad como mejor garantía de resolver controversias conforme a la justicia más que conforme a Derecho.

Décima Segunda.- En la construcción de inferencias probatorias, se debe desarrollar estrategias de razonamientos probatorios a partir reinducciones o procesos de abducción en los que cobra gran valor la coherencia narrativa y queda expuesto el hecho de que los resultados no son absolutamente probatorios pero si probable, lo que puede tener mayor aceptación cuando para llegar a ellas es necesaria la actuación del Estado a través de las diligencias para mejor proveer.

Décima Tercera.- Las diligencias para mejor proveer son una facultad legal, discrecional, para que los jueces decidan o terminen por decidir si un hecho está o no probado, con ello se pretende que las actuaciones judiciales se encuentren dentro de los márgenes de actuación previstos en el sistema jurídico, resaltando los riesgos del uso discrecional, para lo cual debe verse a las diligencias para mejor proveer como genuinos deberes de motivación y no como algo separado y diferente a dichos deberes.

Décima Cuarta.- Las diligencias para mejor proveer se dirigen a lograr la convicción del juez sobre el material probatorio, ya que con ellas es posible despejar las dudas que pueda tener antes de dictar sentencia; sin embargo, no debe perderse de vista que la doble función de las diligencias tiene un papel importante en los llamados casos difíciles, en especial al momento de resolver problemas de prueba asociados a la premisa fáctica del silogismo con el que se resuelve un caso.

Décima Quinta.- Ni el concepto ni la finalidad de las diligencias para mejor proveer están exentos de problemas, ya que muchas veces el empleo de estas medidas viene a alterar algunos principios que se consideran fundamentales en el proceso, como es el caso del principio dispositivo. Ambas cuestiones (objetiva y subjetiva) tienen como factor común la búsqueda de la verdad, lo cual hace de inmediato exaltar a varios juristas prácticos que ven en ello amenazada la pureza del Derecho.

Décima Sexta.- La mayoría de los abogados postulantes somos empresarios que defendemos los intereses de nuestros clientes y no buscamos el esclarecimiento de unos hechos determinados. El juez, en cambio, está más cercano a la búsqueda de la verdad, pero para ello es necesario que adopte un punto de vista más real para así poder entender la complejidad del Derecho actual en donde intervienen multiplicidad de actores jurídicos, en donde existe una superposición de funciones, así como numerosas instancias y distingue diversos tipos de normas, todo lo que implica que la búsqueda de la verdad de los hechos es tarea propia de los jueces y debe apoyarse en esa facultad discrecional de las pruebas para mejor proveer.

Décima Séptima.- La motivación de los hechos se ha convertido en un tema de gran relevancia, desde el punto de vista epistemológico aplicado al trabajo de los jueces, así como desde el punto de vista tradicional del Derecho Procesal, para lo cual, es necesario un medio de prueba cuyo uso por los tribunales puede redundar en la construcción de premisas fácticas a partir de criterios materiales, lo que nos lleva, nuevamente, a las diligencias para mejor proveer, ya que cumplen con el mismo propósito que los *Amicus curiae* del Derecho anglosajón.

Décima Octava.- Lo que se busca con este trabajo de investigación, es llamar la atención sobre la relevancia que puede tener las medidas para mejor proveer cuando generan una genuina convicción de los jueces ya que a pesar de que aún y cuando el propio sistema normativo ofrece esta gran herramienta a los jueces, la misma es poco utilizada como quedó demostrado con las entrevistas realizadas a diversos juzgadores.

Décima Novena.- El anhelado cambio cultural y de mentalidad de los jueces en cuanto al compromiso argumentativo no está peleado con la legalidad, por ello, en este trabajo se apuesta a maximizar el uso de este tipo de diligencias para tratar de alcanzar el ideal según el cual la idea de un proceso justo pasa por un mínimo cumplimiento de determinados criterios de racionalidad.

Vigésima.- Si los juzgadores hicieran uso frecuente de la facultad discrecional que el legislador les ha otorgado, respecto a las diligencias para mejor proveer, los tribunales emitirían más Sentencias apegadas a la justicia y no a Derecho, ya que por la falta de aplicación de dicha facultad, en numerosas ocasiones, los jueces emiten sentencias en estricto apego al derecho pero ello no quiere decir que las mismas sean justas.

Vigésima Primera.- No hay duda que la situación del juez en el proceso no puede continuar como hasta ahora, sino que éste ha de dejar definitivamente de ser un sujeto pasivo, privado de poderes y de iniciativas para ejercer la jefatura que, como depositario y representante de la justicia, debe corresponderle sobre la marcha y en gran medida, también, sobre el fondo del proceso y que no se limite el uso de la diligencias para mejor proveer al final del proceso, pues debería de ejercerlas desde el momento en que los hechos planteados y las pruebas ofrecidas por las partes no le causen una plena convicción.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS DE CONSULTA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Introducción al estudio de la prueba*, Editorial Universidad de Concepción, Concepción, 1965.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de teoría e historia del proceso*, Editorial Jurídica Universitaria, México, Tomo III, 2001.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE, Ricardo, *Derecho procesal penal*, Editorial Kraft, Buenos Aires, Tomo III, 1945.

ALSINA, Hugo, *Fundamentos de derecho procesal*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001.

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Tomo I, 1941.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal. Garantía de Libertad*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Volumen 1, 2009.

AREAL, Leonardo Jorge, *Facultades del juez en materia civil*, Enciclopedia Jurídica Ameba, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Tomo V, 1964.

ARISTOTELES, *Arte poética, arte retórica*, Editorial Porrúa, México, 2002.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, *Las razones de derecho*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, *Virtudes judiciales: sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho*, Editorial Fontamara, México, 2001.

BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1970.

BENTHAM, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*, traducción de OSORIO FLORIT, Manuel, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.

BIALOSTOSKY, SARA, *Panorama del derecho romano*, 2ª. Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985.

BONNIER, M. Eduardo, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, traducción de Vicente y Caravantes, José, Imprenta de la Revista Legislación, Madrid, Tomo I, 1891.

BONORINO, RAMIREZ, Pablo Raúl, *Sobre la abducción, en doxa*, *Cuadernos de Filosofía del Derechos*, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, Núm. 14, 1993.

CALAMANDREI, Piero, *El juez y el historiador, en estudios sobre el proceso civil*, traducción de Sentís Melendo, Santiago, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, vol. I, 1962.

CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, traducción de Sentís Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1973.

CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, traducción de Sentís Melendo, Santiago, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.

CARAVANTES, José de Vicente, *Tratado histórico-crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, imprenta de Gaspar y Roig editores, Madrid, Tomo II, 1856.

CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Traducción de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Editorial Arayú, Buenos Aires, 1955,

CERVANTES MARTINEZ, Daniel, *La oralidad y la inmediatez en la práctica procesal mexicana*, Ángel Editor, México, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, Editorial Harla, México, Vol. VI, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios del derecho procesal*, traducción del Prof. Casáis y Santaló, José, Editorial Reus, Madrid, Vol. I, 1925.

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Editorial Porrúa, México, 1977.

COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo Juan, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª. Edición, Roque de Palma Editores, Buenos Aires, 1958.

DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (derecho comparado), traducción de Bravo Gala, Pedro, Editorial Aguilar, Madrid, 1968.

DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho procesal civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1976.

DE PINA, Rafael, *Tratado de la pruebas civiles*, Editorial Porrúa, México, 1977.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Editorial Temis, Bogotá, 2009.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Cárdenas Editor, Buenos Aires, 1981.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Tratado sobre las pruebas penales*, Editorial Porrúa, México, 1982.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.

FAIREN GUILLEN, Víctor, *Estudios de derecho procesal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1955.

FENECH NAVARRO, Miguel y CARRERAS LLANSANA, Jorge, *Estudios de derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México, 1964.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El derecho privado romano*, Editorial Esfinge, México, 1977.

FORNATTI, Enrique, *Estudios de derecho procesal*, Librería Jurídica, Buenos Aires, 1956.

FRAMARINO, Dei Malatesta, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Editorial Temis, Bogotá, Tomo II, 1964.

GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín, *Febrero reformado*, 4ª. Edición, Imprenta y librería Gaspar y Roig editores, Madrid, Tomo IV, 1852.

GASCON ABELLAN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

GOLDSCHMIDT, James, *Principios generales del proceso*, Editorial Jurídica Universitaria, México, Volumen I, 2001.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Editorial Labor, Barcelona, 1936.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de enjuiciamiento civil*, imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857. (bajo el epígrafe “Autos para mejor proveer”)

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Trillas, México, 1984.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, Editorial Harla, México, 1990.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Tomo I, 1936.

GRANADOS GONZALEZ, Jorge Alfredo, *El alcance de las diligencias para mejor proveer del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, respecto de la carga del actor y del demandado de probar los hechos y excepciones en el juicio de nulidad*, Tesis para lograr título de licenciado en derecho, Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, Junio de 2008.

GUASP, Jaime, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Jaime M. Aguilar Editor, Madrid, Tomo I, 1943.

GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Tomo I, 1968.

GUASP, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1943.

JAHNEZ BARRIO, Tarsicio, *Lógica jurídica. Hacia una argumentación jurídica*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.

KELSEN, Hans, *Justicia y derecho natural*, traducción de Vernengo, Roberto J., Editorial Taurus, Madrid, 1966.

KRSCH W., *Elementos de derecho procesal civil*, comentado y traducido por Prieto Castro, Leonardo, con adiciones de derecho español, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.

KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica*, traducción de García Bacca, Juan David, Universidad Central, Caracas, 1961.

KRONMAN, Anthony, *Practical Wisdom and professional character in Social Philosophy and policy*, Volumen 4, Inglaterra, 1986.

LARA CHAGOYAN, Roberto, *El concepto de la sanción en la teoría contemporánea del derecho*, Editorial Fontamara, México, 2004.

LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Editorial Reus, Madrid, Tomo I, 1928.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Parte General, 8ª. Edición, Dupre Ediciones, Bogotá, 1974.

LUMIA, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho*, traducción de Jardón, Alberto, Editorial Reus., Madrid, 1978.

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and legal theory*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, Inglaterra, Capítulo IV, 1978.

MACNAIR, Michael, *The law of proof in early modern equity*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Imprenta y Encuadernación de A. de J. Lozano, Madrid, Volumen III, 1892.

MARTIN OSTOS, José de los Santos, *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981.

MEDINA LIMA, Ignacio, *Breve antología procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.

MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, traducción de Sentís Melendo, Santiago, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1961.

MILLAR, Robert Wynes, *Civil procedure of the trial courts in historical perspective*, New Cork University, New Cork, 1952.

MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1959.

MONTALBAN, Juan Manuel, *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, 2ª. Edición, librería Sánchez, Madrid, Tomo I, 1855.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, parte general, 10ª. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo I, 2000.

NIETO GARCIA, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.

ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel, *Práctica general forense*, Imprenta de José Rodríguez, Madrid, Tomo I, 1874.

OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1989.

OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, Editorial Harla, México 1994.

PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Derecho procesal civil*, Editorial Porrúa, México 1961.

PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Historia del Derecho Procesal Civil Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1962.

PELLISE PRATS, Buenaventura, *Nueva enciclopedia jurídica*, Editorial Sei, Barcelona, Tomo VII, 1955.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1960.

PRIETO CASTRO, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, Editorial Reus, Madrid, 1947.

PRIETO CASTRO, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Imprenta Viuda de Galo Sáenz, Madrid, Tomo I, 1954.

PRIETO CASTRO, Leonardo, *Estudios y comentarios de derecho procesal civil*, Editorial Reus, Madrid, Volumen I, 1950.

PRIETO MORALES, Aldo, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Enpes, La Habana, Tomo I, 1982.

PRINGSHEIM, Fritz Robert, *The inner relationship between english and roman law*, Heidelberg, 1961.

QUINTILIANO, Marco Fabio, *Instituciones Oratorias*, traducción de Sandier, Pedro y Rodríguez, Ignacio, Publicado por P. Paez, Universidad de California, 2007.

REYES MONTERREAL, José María, *En torno a las diligencias para mejor proveer*, Editorial Revista General de Derecho, Madrid, 1953.

RIVERA SILVA, Manuel, *Procedimiento penal*, Editorial Porrúa, México, 1958.

ROCCO, Hugo, *Trattato di diritto processuale civile*, Editorial 1957, Torino, Tomo II, 1957.

RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito A., *Manual de derecho procesal civil*, 6ª. Edición, Grijley, Lima, 2005.

RODRIGUEZ Y PEÑA, Nicolás, *Derecho procesal civil*, Editorial Buenos Aires, Buenos Aires, 1956.

SAID RAMÍREZ, Alberto y GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Isidro, *Teoría general del proceso*, IURE Editores, México, 2006.

SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*, traducción de Sentís Melendo, Santiago y Ayerra Rendín, Mariano, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

SENTIS MELENDO, Santiago, *El proceso civil*, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1957.

SENTIS MELENDO, Santiago, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, Número 4, 1967.

SENTIS MELENDO, Santiago, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Editorial Ejea, Volumen I, 1967.

SENTIS MELENDO, Santiago, *Facultades del juez y materia de prueba*, Revista de derecho procesal, Ediar Editores, Buenos Aires, 1954.

SENTIS MELENDO, Santiago, *Introducción al Derecho Probatorio en estudios procesales*, Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1965.

SENTIS MELENDO, Santiago, *Medios para mejor proveer*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Omeba, Argentina, Tomo XVIII, 1981.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

SILVA MELERO, Valentín, *Ilícitud civil y penal*, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1946.

SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, Tomo I, 1968.

SWARD, Ellen, *The decline of the civil jury*, Carolina Academic Press, Durham North Carolina, 2001.

TAVOLARI OLIVEROS, RAUL, *Diligencias para mejor proveer: Antiguos y nuevos problemas, Tribunales, jurisdicción y proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1994.

TORRES DÍAZ, Luis, *Teoría general del proceso*, Editorial Cárdenas, México, 1987.

VAZQUEZ SOTELO, José Luis, *Los principios del proceso civil* (ensayo doctrinal en Responsa Iurisperitorum Digesta), Editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000.

VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico-crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, imprenta de Gaspar y Roig editores, Madrid, Tomo II, 1936.

VIDAURRETA Y CASANOVA, Augusto, *El mejor proveer y su jurisprudencia*, La Habana, 1959.

WYNESS MILLAR, Robert, *Los principios formativos del procedimiento civil*, traducción de Grossmann, Catalina, Buenos Aires, 1945.

REVISTAS ESPECIALIZADAS

ALCANTARA SAMPELAYO, José, *Intervención de oficio en el proceso civil*, Revista de derecho judicial, RDJ, Número 9, 1962.

ALSINA, Hugo, *Facultades del juez para ordenar de oficio las diligencias de prueba en el proceso civil*, Revista de derecho procesal, EDIAR Editores, 1954.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Los principios del derecho procesal*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXI, Número 81-82, enero-junio de 1971.

CALAMANDREI, Piero, *Un maestro del liberalismo procesal*, Revista Argentina de Derecho Procesal, Número 1-2, 1951.

CARNACINI, Tito, *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo III, Número 12, 1953.

CARNELUTTI, Francisco, *Revista de derecho procesal civil*, Tomo VI, 1943.
FAIREN GUILLEN, Víctor, *La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, Revista argentina de derecho procesal, Número I y II, 1949.

GOMEZ LARA, Cipriano, *La prueba en el derecho mexicano del trabajo*, Revista de la Facultad de Derecho Mexicana, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Número 72, oct-dic, 1968.

LARA CHAGOYAN, Roberto, *Reflexiones sobre la prueba para mejor proveer*, Departamento de Derecho, Universidad de Guanajuato, Año 1, No. 1, 2011, p. 59

REYES MONTERREAL, José María, *Ideas para una reforma procesal civil*, Revista de derecho judicial, Número 21, 1965.

SENTIS MELENDO, Santiago, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, Revista de Derecho Procesal, Número 4, 1967.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel, *Liberalización y socialización del proceso civil*, Revista de derecho procesal iberoamericana, Editorial Jurídica de Chile, Número 2-3, 1972.

ENTREVISTAS PERSONALES

ALARCON MEIXUEIRO, EDITH ENCARNACION, Juez Décimo Primero de Distrito en Materia Civil del Primer Circuito.

ARELLANO CASTILLO, María Elena, Juez Segundo de Proceso Oral Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

ARELLANO HOBELSBERGER, Walter, Magistrado del Quinto Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

BELTRAN TORRES, Patricia Alejandra, Juez Trigésimo Octavo de lo Civil de Primera Instancia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

CONSUELO SOTO, Felipe, Juez Tercero de Distrito en Materia Civil del Primer Circuito.

GARCIA BELTRAN, Sonia Alejandra, Juez Séptimo de Cuantía Menor Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

GONZALEZ ALCANTARA CARRANCA, Juan Luis, Magistrado de la Cuarta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

IGLESIAS GOMEZ, Julio Gabriel, Juez Trigésimo Sexto de lo Civil de Primera Instancia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

MARTINEZ URBINA, María del Rocío, Juez Décimo Noveno de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

ORTEGA HERNANDEZ, Pedro, Magistrado de la Sexta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

ORTIZ SANCHEZ, Gloria, Juez Sexto de Proceso Oral Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

PEREZ AMAYA JIMENEZ, Yaopol, Juez Décimo Séptimo de Proceso Oral Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

ROCHA SEGURA, Víctor Manuel, Juez Décimo Cuarto de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

RODRIGUEZ BARAJAS, Marco Antonio, Magistrado del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS JURIDICOS

DE PINA, Rafael y DE PINA Vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, Editorial Porrúa, México, 1984.

Diccionario enciclopédico hispanoamericano, Montaner y Simón editores, Barcelona, voz: auto para mejor proveer, Tomo II, 1895.

PALLARES PORTILLO, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, Editorial Porrúa, México, 1986.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario jurídico mexicano*, Editorial Porrúa, México, Tomo II, 1987.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, *Diccionario Jurídico Mexicano*, voz Derechos Humanos, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1987.

LEGISLACION, TESIS, RESOLUCIONES Y JURISPRUDENCIAS.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles Federal.

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Jurisprudencia emitida por la SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Suspensión provisional en amparo administrativo. El juez de distrito puede recabar oficiosamente pruebas para mejor proveer, pero no postergar su decisión*, Jurisprudencia por contradicción de tesis 19/2003-PL, entre las sustentadas por el Séptimo y Décimo Tercer Tribunales Colegiado, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; Tomo XIX, marzo 2004, página 354.

Jurisprudencia emitida por la TERCERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Pruebas para mejor proveer, facultad del juzgador para admitirla*, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, Cuarta Parte, Volumen 199-204, página 51.

TERCERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Diligencias para mejor proveer*, Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, volumen 187-192 cuarta parte, p24.

Jurisprudencia emitida por el TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Pruebas para mejor proveer en controversias constitucionales*. El tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si lo considera necesario, podrá ordenar de oficio, que se recaben y desahoguen aunque ya le haya sido presentado el proyecto para su resolución (Interpretación del artículo 35 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)", Jurisprudencia P./J. 37/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XVI, agosto de 2002, página 906.

Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Resolución del TRIBUNAL EN PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, Sentencia AR 2146/2005, p. 106, 27 de febrero de 2007.

Tesis Aislada emitida por la TERCERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Diligencias para mejor proveer*, Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, volumen 187-192 cuarta parte, página 124.

Tesis Aislada emitida por el TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, Controversia constitucional. *Para mejor proveer, es legal agregar a los autos las pruebas ofrecidas por un tercero*, Tesis aislada P. CIX/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, noviembre de 1995, página 86.

PAGINAS DE INTERNET

[http://www.rae.es,voz diligencia](http://www.rae.es,voz+diligencia)

<http://www.bibliojuridica.org/libros>

<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/17.pdf>.

[http://www.campus.academiadederecho.org/.../...](http://www.campus.academiadederecho.org/.../)

<http://www.cidh.org/Basicos/basicos9.htm>

<http://www.civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/default.htm>

<http://www.cd hdf.org.mx/>

http://www.corteidh.or.cr/reglamento/regla_esp.pdf

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/47.doc>

<http://www.es.scribd.com/doc>

<http://www.estudiojuridicober.com.ar/articulos/proces.asp>

<http://www.eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t28060.pdf>

<http://www.iedf.org.mx>

<http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civilargentina.>

<http://www.institutoderechoprocesal.org/>

<http://www.juridicas.unam.mx>

<http://www.nuestroabogado.cl/codprocivil.htm>

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

<http://www.poderjudicial.es/eversuite>

[*http://www.rae.es*](http://www.rae.es)

<http://www.scielo.com.ch>

<http://www.es.scribd.com/doc/.../Tratado-de-Derecho-Civil-Parte-General-Tomo-...>

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil.html#1