



320809
22
2oj.

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN

ESCUELA DE DERECHO

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**INSUFICIENCIA NORMATIVA DE LA PRUEBA
TESTIMONIAL EN EL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL
DISTRITO FEDERAL Y SUGERENCIAS PARA
MEJORAR SU REGULACION**

**TESIS CON
FALLA DE CALIFICACION**

T E S I S
QUE PRESENTA :
BERENICE GONZALEZ DIAZ
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS:

Lic. Alejandro Nadal Loria

México, D. F.

1992



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

PROLOGO

INTRODUCCION

CAPITULO I

| | |
|---|----|
| ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL | |
| 1.1.- INTRODUCCION | 1 |
| 1.2.- GRECIA (EDAD MEDIA) | 1 |
| 1.3.- ROMA | 3 |
| 1.3.1.- La etapa de las legis actiones ... | 3 |
| 1.3.2.- Etapa del procedimiento formulario. | 6 |
| 1.3.3.- Etapa del procedimiento extraordinario | 8 |
| 1.4.- EL DERECHO GERMANICO (EDAD MEDIA) | 10 |
| 1.5.- EL DERECHO ESPAÑOL | 12 |
| 1.6.- SIGLO DE CODIFICACION | 15 |
| 1.7.- MEXICO | 18 |
| 1.7.1. Epoca precolonial | 18 |
| 1.7.2.- Epoca colonial | 19 |
| 1.7.3.- Epoca independiente | 22 |

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

| | |
|---|----|
| 2.1.- INTRODUCCION | 25 |
| 2.2.- CONCEPTO DE PRUEBA TESTIMONIAL | 25 |
| 2.3. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA PRUEBA TESTIMONIAL | 27 |
| 2.3.1.- El testigo | 27 |
| 2.3.1.1.- ¿Quiénes están imposibilitados para ser testigos en una controversia? | 29 |

| | |
|---|----|
| 2.3.1.2.- Clasificación de los testigos | 33 |
| 2.3.2.- El testimonio | 38 |
| 2.3.2.1.- Obligación de rendir testimonio | 41 |
| 2.3.3.- Existencia de una autoridad jurisdiccional | 44 |
| 2.4.- CARACTERISTICAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.. | 45 |
| 2.5.- IMPORTANCIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL | 46 |

CAPITULO III

OFRECIMIENTO Y ADMISION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL

| | |
|---|----|
| 3.1.- INTRODUCCION | 50 |
| 3.2.- PRECONSTITUCION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL . | 50 |
| 3.3.- OFRECIMIENTO Y ADMISION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL | 53 |
| 3.4.- REQUISITOS GENERALES QUE SEÑALA EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL PARA EL OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL | 62 |
| 3.4.1.- El término legal para su ofrecimiento | 63 |
| 3.4.2.- Su relación con los puntos controvertidos | 64 |
| 3.4.3.- Señalamiento del nombre y domicilio del testigo | 65 |
| 3.4.4.- La obligación de presentar al testigo | 69 |
| 3.4.5.- La citación del testigo bajo apercibimiento de ley | 69 |
| 3.5.- DE LOS CASOS ESPECIALES DE OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DENTRO DEL PROCESO CIVIL | 70 |
| 3.5.1.- El testimonio por oficio | 71 |

| | |
|---|----|
| 3.5.2.- El testimonio por exhorto | 74 |
|---|----|

CAPITULO IV

PREPARACION Y DESAHOGO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL

| | |
|--|-----|
| 4.1.- INTRODUCCION | 78 |
| 4.2.- PREPARACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL ... | 78 |
| 4.2.1.- Que se fije la fecha de la audiencia de ley | 79 |
| 4.2.2.- Que se cite al testigo con apercibimiento | 79 |
| 4.2.3.- Que se integre y envíe el exhorto | 83 |
| 4.2.4.- Que se elabore y envíe el oficio | 85 |
| 4.3.- DESAHOGO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL | 87 |
| 4.3.1.- Comparecer el día y hora señalados ante el tribunal para rendir testimonio | 87 |
| 4.3.2.- Presentar identificación | 92 |
| 4.3.3.- Protesta de decir verdad y advertirle al testigo de las penas en que se incurre, si se declara falsamente | 94 |
| 4.3.4.- Toma de generales del testigo y la manifestación de su relación que guarda con las partes | 96 |
| 4.3.5.- Interrogatorio del testigo | 98 |
| 4.3.6.- Razón de su dicho del testigo | 103 |
| 4.3.7.- Firma del testigo | 105 |
| 4.4.- DESAHOGO DE LOS CASOS ESPECIALES DE OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL ... | 106 |
| 4.4.1.- El exhorto | 106 |
| 4.4.2.- El oficio | 108 |

CAPITULO V

VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL
EN EL PROCESO CIVIL

| | |
|--|-----|
| 5.1.- INTRODUCCION | 110 |
| 5.2.- CONCEPTO DE VALOR PROBATORIO | 110 |
| 5.3.- SISTEMAS DE APRECIACION PROBATORIA | 111 |
| 5.3.1.- Sistema de valoración legal o tasada | 112 |
| 5.3.2.- Sistema de valoración libre | 115 |
| 5.3.3.- Sistema de valoración mixta | 117 |
| 5.4.- INCIDENTE DE TACHAS | 119 |
| 5.5.- VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL | 122 |
| 5.5.1.- Valoración de la prueba testimonial en otros procedimientos | 127 |
| 5.5.2.- Consideraciones sobre el desprestigio actual de la prueba testimonial en el proceso civil..... | 133 |
| 5.5.2.1.- Circunstancias legales | 133 |
| 5.5.2.2.- Circunstancias personales del testigo y de las partes | 133 |

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

ORDENAMIENTOS JURIDICOS CONSULTADOS

PROLOGO

Considero importante que se haga un estudio amplio de este elemento probatorio, para analizar las razones por las cuales en la práctica litigiosa se le ha considerado como un medio de prueba carente de validez que pruebe los hechos que las partes afirman ante el órgano jurisdiccional.

Cabe señalar que las circunstancias por las cuales se provoca la desvirtuación de este medio de prueba son 1)- la falta de mayores disposiciones legales que regulen este medio de prueba, toda vez que ello provoca que en diversas ocasiones el juzgador aplique criterios personales ante tales lagunas legales, o bien que las partes se valgan de esta circunstancia para aplicar este elemento probatorio de la manera que mejor le convenga como el retrasar el procedimiento. 2)- la inobservancia por parte de las partes y del juzgador de aquellas disposiciones legales que regulan a este medio de prueba establecidas en el código de procedimientos civiles del distrito federal, o bien por el empleo deshonesto que de este medio de prueba hacen las partes para pretender probar un hecho falso apartándolo de la verdad.

Para evitar dicha desvirtuación por lo que respecta a la falta de mayores disposiciones legales que regulen a este medio de prueba sugiero la creación de ciertas disposiciones legales que la regulen.

Por lo que respecta a las restantes circunstancias que contribuyen a la desvirtuación de este medio de prueba solo

pueden ser corregidas por el juzgador y en su caso por las partes atendiendo ambas a su ética y responsabilidad.

Es decir, se pretende que con este trabajo de investigación se analicen en forma más detallada aquellas circunstancias que desvirtúan el valor de la prueba testimonial y proponer respecto de tales circunstancias soluciones con la finalidad de que este medio de prueba se desahogue en forma correcta y así adquiera nuevamente fuerza probatoria.

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

El presente trabajo recepcional se divide en tres partes fundamentales que son:

- 1.- Disposiciones Generales;
- 2.- La Prueba Testimonial en la Fase Probatoria del Proceso Civil;
- 3.- Valoración de la prueba testimonial.

Mismas que se desarrollan a través de cinco capítulos los cuales contienen cada uno lo siguiente:

El capítulo primero, se denomina Antecedentes Históricos de la Prueba Testimonial, y como su nombre lo dice comprende en forma sintética los antecedentes de este medio de prueba.

Por lo que respecta al capítulo segundo denominado Naturaleza Jurídica de la Prueba Testimonial, en él se comprende todo lo relativo a conceptos doctrinarios y personales de lo que es la prueba testimonial, sus elementos sus características y su importancia.

Estos dos primeros capítulos, comprenden la primer parte en que se ha dividido el presente trabajo.

En el capítulo número tres se hace un análisis de la prueba testimonial en las dos primeras etapas en que se divide la fase probatoria del proceso civil, las cuales son el

ofrecimiento y la admisión, también hacemos alusión en el contenido de este capitulado a los casos especiales de ofrecimiento y admisión de este medio de prueba, con el objeto de dejar bien establecidos aquellos pasos que el oferente y el juzgador han de seguir para que estas dos etapas se desarrollen de la mejor manera posible.

El cuarto capítulo se le ha denominado Preparación y Desahogo de la Prueba Testimonial, en el que se comprende todo lo relativo a los pasos que se deben llevar a cabo para que se dé una correcta preparación y recepción de este elemento probatorio. Asimismo, se hace un análisis de cómo son aplicados estos pasos en la práctica litigiosa.

Estos dos capítulos, comprenden en sí las cuatro etapas en que se divide la fase probatoria del proceso civil.

En el quinto capítulo se habla de todo lo relativo a la valoración de este medio de prueba, configurando este capitulado la parte tercera en que se divide la presente tesis.

Cabe señalar que el objetivo del análisis de este medio de prueba es hacer notar aquellas disposiciones legales que el código de procedimientos civiles del distrito federal no contempla para la regulación de este medio de prueba.

C A P I T U L O I

" ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA "
"PRUEBA TESTIMONIAL"

1.1 INTRODUCCION

La prueba testimonial ha sido empleada desde los tiempos más antiguos, por lo que consideramos importante el análisis de sus antecedentes históricos para poder apreciar como el testimonio ha venido evolucionando a través del tiempo principalmente en lo que respecta a su regulación procesal.

1.2.- GRECIA (EDAD MEDIA) .

A principios del siglo IX, se empezaron a constituir las principales ciudades-estado griegas, al frente de las cuales había un rey con poder militar y religioso que gobernaba asesorado por un consejo de ancianos.

De la sociedad griega que en su mayoría era rural, surgieron los grandes terratenientes, descendientes de los más fuertes en la guerra, los cuales se impusieron a los pequeños propietarios y sustituyeron la monarquía por el estado aristocrático, desde entonces los consejeros y los magistrados fueron elegidos únicamente entre la alta nobleza.

En las ciudades griegas también surgieron los tiranos en quienes el pueblo depositaba la esperanza de una reforma social, pero aquéllos sólo se limitaron a actuar como árbitros pacificadores y gobernaron moderadamente, sin atreverse a cambiar las leyes vigentes aunque procuraron dar algún remedio a los males más aparentes.

La aristocracia hizo un último esfuerzo implantando la

democracia para controlar el poder, pero fracasó en contra del pueblo y de la clase media, lo único que se obtuvo de beneficio para esta sociedad fue que todos los ciudadanos tuvieron desde entonces derecho a votar y a ser elegidos, por ende el "Demos" (organismo encargado de dirigir a la sociedad griega) se dedicó por entero a asuntos del estado.

Por lo que respecta al proceso ateniense, el Magistrado recibía la prueba testimonial ofrecida por las partes, misma que se desahogaba en debate público ante los tribunales populares que ostentaban la presidencia, se establecían como limitantes a este elemento probatorio el de no admitir el testimonio de mujeres, niños y esclavos, por carecer los primeros de credibilidad y los segundos por tratarse de una clase inferior, otra limitante era que cuando se tratara de probar por medio del testimonio la existencia de un documento no procedía ello, ya que, no se puede probar lo probado.

Carlos Lessona nos señala que: " La declaración se podía hacer por escrito, forma que en la actualidad según veremos en el Derecho Anglosajón se permite en muchos casos, mientras que en el Derecho Europeo y Latinoamericano sólo en contadas ocasiones. " (1)

Cabe señalar que en nuestro actual sistema jurídico mexicano, solo se permite este tipo de declaraciones al Presidente de la República, a los Secretarios de Estado, Senadores, Diputados, Magistrados, Jueces, Generales con mando, y

(1) Lessona Carlos "Teoría General del Derecho Civil", Editorial Reus, Madrid 1942, Tomo IV, Pág. 8.

las Autoridades Políticas del Distrito Federal.

En el proceso griego, no existía una reglamentación basta y detallada acerca de la prueba testimonial, por lo que el magistrado contaba con una amplia libertad para recibirla, desahogarla y valorarla según su prudente arbitrio, es decir, de las pocas e ineficaces disposiciones legales que la regulaban este elemento de prueba, el magistrado no les daba la importancia que debía darles e incluso las dejaba de observar, toda vez que se consideraban como primordiales otros factores como el de resolver su situación social que era pésima.

1.3.- ROMA.

Para analizar la prueba testimonial en este pueblo, es importante señalar que el sistema procesal civil romano se dividió doctrinalmente en tres etapas históricas que son:

1.3.1.- La etapa de las legis acciones.

En esta etapa se observa una rígida dependencia de la autoridad administrativa respecto del ius civile, que regulaba severas fórmulas las cuales estaban íntimamente ligadas a los textos de las leyes de las XII tablas, mismas que debían utilizarse ante un magistrado para poder obtener justicia.

Floris Margadant nos señala que: " En el proceso de las legis acciones, 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

representara mal su papel en el foro, era sancionado con la pérdida del proceso y, además, del posible derecho cuya eficacia había tratado de obtener mediante su actuación procesal. " (2)

El pretor que era auxiliar del magistrado vigilaba que las partes dijeran correctamente sus papeles, por lo tanto, un pequeño error y el proceso estaba perdido y por ende no se obtenía justicia, es decir, esta justicia era aparente ya que no se oían a las partes por el derecho que les asistía para que el proceso se diera, sino que se le daba mayor importancia a la formalidad que se establecía para que este procediera, por lo que podemos concluir diciendo que en esta etapa se habla de un proceso cien por ciento formalista.

Por lo que respecta a la prueba testimonial dentro de esta etapa, Margadant nos continúa diciendo que : " Este medio de prueba se encontraba regulado dentro de las doce tablas, principalmente en las tablas II Y III, que decían que quien necesite el testimonio de alguna persona debe ir ante su puerta y en voz alta decirle que vaya a declarar, además, se establecía que el testigo debía prestar juramento al momento de declarar, otra de las formalidades consistía en que los gastos de los testigos que tenían que declarar fuera de la sede del tribunal corrían a cargo de la parte que los ofrecía. " (3)

En materia civil, las partes y los magistrados no podían obligar a un ciudadano a declarar los hechos que le constaran y

(2) Floris Margadant S. Guillermo "Derecho Romano", Editorial Esfinge. México 1986, Pág. 146.

(3) Idem. Pág. 148.

que se discutían, pero si se había prestado para ser testigo en un acto jurídico, quedaba obligado a declarar, tal como era el caso de los testigos que intervenían fijando la litis contestatio quienes no constituían medio de prueba, en virtud de que únicamente se gravaban los puntos litigiosos para repetirlos ante el juez. ya que la mayoría de los actos privados se realizaban ante testigos, se exceptuaba de esta obligación a los ilustres, a los más altos funcionarios y a los obispos.

Las medidas de apremio con que contaba el magistrado en caso de que un testigo que estuviese obligado a declarar se negase, eran el arresto y las multas, ya que estaban prohibidos los castigos corporales y toda clase de martirios.

Por tanto, podemos decir que en esta etapa se contemplaban dos clases de testigos:

- 1.- Los que podían comparecer libremente (hombres libres).
- 2.- Los que estaban obligados por la ley a declarar (hombres no libres), los cuales fueron eliminados cuando apareció el procedimiento escrito.

Jurídicamente, se les daba un valor y denominación distintos por lo que el concepto de testimonio no se aplicaba más que a los hombres libres no así a los hombres no libres.

Al respecto Lessona nos dice: " es de suma importancia hacer una diferencia entre las manifestaciones del testimonio

de los hombres libres en cuanto a su admisibilidad, en cuanto a la libertad o a la coacción para prestarlo y la forma en que éste se debía presentar. " (4)

1.3.2.- Etapa del procedimiento formulario.

Esta etapa es más equitativa que la anterior, en virtud, de que las partes exponían sus pretensiones en palabras de su propia elección y por lo tanto, disminuía la dependencia de la administración de justicia respecto del ius civile ello en razón de que aparece el procedimiento escrito, el cual establecía que el actor debía de comprobar los hechos en que se fundaba su acción y el demandado los hechos en que justificaba sus excepciones ya que este se encontraba a la defensiva.

El proceso se desarrollaba ante un juez privado o ante un tribunal de ciudadanos seleccionados ante quien o quienes se ofrecían, admitían y desahogaban las pruebas, después las partes presentaban sus alegatos y el juez dictaba sentencia, en algunos casos el pretor decidía una controversia sin recurrir al juez, preparando así el camino al sistema extraordinario.

En esta etapa el pretor determinaba cual sería el proceso que había de seguirse en cada litigio individual, además, señalaba a cada parte sus derechos y deberes procesales, al respecto Floris Margadant dice: " El pretor solía poner en la blanca pared de su despacho las acciones y excepciones que estaba dispuesto a conceder al público. " (5)

(4) Lessonà Carlos. Op Cit. Págs. 121 y 122.

(5) Floris Margadant S. Guillermo. Op Cit. Pág. 153.

La citación corría a cargo del actor en la cual, se indicaba al demandado el asunto que se iba a tratar ante el magistrado y se verificaba regularmente en el tiempo que mediaba entre el día en que comenzaba a correr el plazo para presentar la demanda y aquél otro que señalaba el término, este periodo se le concedía principalmente para que buscara testigos, pero si durante las discusiones se lograba disponer de otro testigo cuya declaración se considerase necesaria, nada estorbaba que se hiciera una citación posterior.

Respecto de los esclavos, para que estos pudieran fungir como testigos, debía pedírsele permiso al propietario de éstos para que pudiesen declarar judicialmente, en caso de que el señor no lo permitiese no se le podía obligar a conceder permiso y por ende, no se obligaba a los testigos a rendir testimonio.

Por consiguiente, dependía de la voluntad del señor que el esclavo fuese interrogado o que no lo fuese esto en los procedimientos privados, por lo que respecta a los procedimientos públicos el magistrado podía interrogar al esclavo sin necesidad de contar con el permiso del dueño.

Se señalaba que no se tenía la obligación de rendir testimonio en los siguientes casos:

1.- Cuando se tratara de un esclavo que tuviera que declarar en contra de su patrón.

2.- Cuando el patrón no le hubiese dado permiso a su

esclavo de declarar judicialmente siempre que se tratara de un procedimiento privado.

1.3.3.- Etapa del procedimiento extraordinario.

En esta tercera y última etapa en que doctrinalmente se ha dividido al sistema procesal civil romano, se da un desarrollo de la justicia imperial suministrada por el emperador paralela a la justicia administrativa que era regulada por el pretor.

Al respecto Margadant nos señala que : "Dentro del sistema imperial los funcionarios imperiales solían investigar los hechos y dictar sentencia. " (6)

Lo que caracterizó a este procedimiento en la historia jurídica, es que se le empieza a dar mayor importancia al procedimiento escrito que a los juicios orales, siendo este más lento y más caro pero más seguro, por lo que los adversarios de este sistema decían que lo que no existía en los expedientes de plano no existía.

La notificación del juicio se hacía saber al demandado a través de funcionarios públicos denominados actuarios a petición del actor.

" El demandado recibía una copia de la demanda, con la orden judicial de comparecer en una hora determinada. Si el demandado después de la notificación, decidía defenderse, debía presentar un libellus contradictionis con sus contraargumentos. Debía, además, otorgar una fianza para garantizar

(6) Floris Margadant S. Guillermo. Op Cit. Pág. 175.

que no se ausentaría durante todo el proceso y, a falta de tal fianza, podía ser encarcelado preventivamente por toda la duración del pleito. " (7)

La autoridad dictaba sentencia sin ajustarse estrictamente a las pretensiones de los particulares, inclusive podía aportar pruebas que las partes no habían ofrecido.

Respecto de la prueba testimonial en esta etapa, se contemplaba la regla de Constantino que decía un solo testigo nulifica el testimonio, es decir, se le niega fe al testigo único, también se observa que la prueba testimonial es en algunos casos excluida por la presencia de ciertos escritos, por lo que posee un valor probatorio inferior, se recurrió con más frecuencia a la tortura para obtener de los testigos una colaboración más eficaz.

Por otra parte, Justiniano señala que tanto : " en el procedimiento civil como en el mercantil todo ciudadano está obligado en caso de ser requerido, a hacer ante la autoridad judicial las declaraciones necesarias sobre lo que le conste. " (8).

Por lo que respecta a la valoración de este medio de prueba, el legislador obligaba al juez a darle un valor determinado ya que exigía para la comprobación de ciertos hechos una determinada cantidad de testigos. es decir, se puede apreciar que en esta etapa el sistema de valoración que se

(7) Floris Margadant S. Guillermo. Op Cit. Pág. 175.

(8) Idem. Pág. 177.

empleó a este medio de prueba era el tasado.

De todo lo anterior, se puede apreciar que la prueba testimonial en el proceso " romano es donde encontró un avanzado desarrollo, principalmente, en el proceso y derecho romano en general. " (9)

1.4.- EL DERECHO GERMANICO (EDAD MEDIA)

El proceso germánico adoptó el aspecto religioso del Derecho Canónico, ya que utilizó para resolver sus controversias era la divinidad y no el juez, el proceso tenía su punto de partida en el agravio sufrido por el demandante y no en el derecho, por lo que el " demandante citaba formalmente al demandado sin la intervención del tribunal, promoviendo su demanda en solemne afirmación de derecho ante una asamblea judicial pública. " (10)

Es decir, no se habla en toda la extensión de la palabra de una controversia, ya que las partes hacían valer el agravio sufrido ante una asamblea que desempeñaba funciones de conciencia, misma que señalaba a las partes lo que conforme a la ley divina era correcto y lo que era incorrecto, y en base a esas leyes divinas las partes celebraban convenios mismos que no se podían modificar por haberse celebrado ante los asambleístas que eran instrumento de la divinidad.

Por lo tanto, la administración de justicia no estaba en

(9) Gómez Lara Cipriano "Derecho Procesal Civil", Editorial Trillas, México 1987, Pág. 111.

(10) Rosenberg Leo "Derecho Procesal Civil", Traducción de Angela Romero Vera, Argentina 1972, Tomo I, Pág. 200.

manos de un cuerpo de juristas, sino en manos del clero a través de sus asambleístas. por ende las principales fuentes del derecho germánico son la costumbre y los usos, los cuales llegaron a ser considerados como ley en el siglo XIII teniendo su origen en un pueblo que carecía de cohesión legal aunque contaba con la divina, ello claramente es el antecedente del derecho consuetudinario.

Por lo que respecta a la prueba testimonial Rocco nos dice: " El fuerte sentimiento religioso entre los germanos y el rigor de su religión, eran normas seguras que la declaración de los testigos había de ser veraz y oportuna. De ahí la importancia del juramento, ya que los dioses, no podían, si eran invocados hacer triunfar la declaración sin razón, y si la victoria llegaba era porque la divinidad había proclamado el derecho justo para el pueblo germánico, pues la verdad incontestable es aquella que se deriva del juramento y del juicio de Dios. " (11)

Por lo que la prueba testimonial debía producirse de parte a parte y no frente a un tribunal judicial, pero esta se realizaba con forma y efectos legales ya que el proceso germánico así lo establecía, cuando había discrepancia en los testimonios se decidía en duelo o se empleaban diversas pruebas o juicios de dios como la del fuego, hierro candente, agua fría o hirviendo, es decir, se recurría al tormento para que se dijera la verdad y así poder determinar que testigo mintió y

(11) Rocco Hugo "Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1989, Págs. 139 y 140.

cual narro la verdad.

1.5.- EL DERECHO ESPAÑOL.

En la época de Alfonso X el sabio, la prueba testimonial se encontraba regulada en las leyes de las Siete Partidas, en la Novisima Recopilación y en las del Fuero Juzgo que regían a la España de esa época.

La Novisima Recopilación en su Ley I, Título XVI, Partida III y Título II, Libro III, decían que se entendía por testigo a la persona fidedigna llamada por las partes a declarar en juicio acerca de la verdad o falsedad de los hechos controvertidos.

Además se establecía que para que un testimonio fuera digno de crédito se tenían que reunir los siguientes elementos:

1.- Los testigos debían ser citados a juicio exclusivamente por las partes ya que estas resultaban beneficiadas o perjudicadas por la declaración de los testigos si no eran citados no podían declarar.

2.- Capacidad para poder declarar, es decir, si el testigo era sordo solo podía atestiguar sobre lo que había visto.

3.- El testigo debía llevar una vida digna, es decir, no debía ser tachado por la sociedad.

4.- El testigo no debía declarar en favor del que lo presentara sino que debía declarar sobre los hechos que le constaran.

5.- El testigo debía tener conocimiento acerca de lo que declaraba para ser considerado como verdadero.

6.- Se debía rendir juramento religioso antes de declarar y se le hacía saber al testigo las penas divinas en que se incurría si se declaraba falsamente. se dispensaba el juramento cuando el testimonio surtiera efectos entre particulares o cuando las autoridades testificaban. pero cuando se trataba de interés público no se dispensaba.

Como se puede observar algunos de los elementos antes mencionados son todavía considerados por nuestra ley procesal para que un testimonio sea digno de crédito entre otros aspectos que más adelante iré señalando.

" La reglamentación testifical en las Siete Partidas, se encuentra en la Partida III, Título XVI, en XLII Leyes." (12)

De las XLII leyes mencionaremos las siguientes:

XII.- Que decía, el siervo no puede atestiguar contra su señor. solo en caso de que este último quisiera traicionar o hubiere traicionado al rey o reino.

XIV.- Disponía que los ascendientes solo por excepción pueden ser testigos de los descendientes.

XV.- Estipulaba que la mujer no puede ser testigo contra su marido y viceversa. ni el hermano contra el hermano mientras

(12) Pallares Portillo Eduardo "Historia del Derecho Procesal Civil Mexicano", Editorial Imprenta Universitaria, México 1982. Pág. 47

ambos vivan con el padre.

XVII.- Establecía que la mujer de buena fama puede ser testigo.

XIX.- Manifiesta que no puede ser testigo, el dueño sobre una cosa suya, el juez que conozca del pleito, tampoco pueden ser testigos el tutor respecto del pupilo, los compañeros de comercio, aquéllos que tienen enemistad y los que son conocidos del juez.

" El Fuero Juzgo en sus XIII leyes procesales, Título I y IV, Libro II, trata todo lo relativo a la prueba de testigos. "
(13)

De las que mencionaremos las siguientes:

I.- Dice que los testimonios no se deben creer sino se ha rendido juramento, salvo los casos de excepción, por lo que se puede observar que las declaraciones de los testigos están bajo la influencia del derecho canónico.

V.- Señala que en caso de falso testimonio, se le condenará al testigo si es de familia noble a pagar los gastos que originó contra de quien declaró falsamente y si es hombre de familia no noble será siervo de quien dijo falso testimonio.

En esta época desaparecen las pruebas divinas que se usaron en el derecho germánico como la del fuego, agua hirviendo, las cuales fueron sustituidas por las de valor

(13) Idem. Pág. 48.

lógico como la confesional, la documental y la testimonial, medios de prueba que hasta nuestras fechas son empleados ante los tribunales de justicia para averiguar la verdad de los puntos que se controvierten.

1.6.- SIGLO DE CODIFICACION.

Tiene su comienzo en el siglo XIX, representado principalmente por el Código de Napoleón de 1806 y posteriormente por diversos códigos de los cuales analizaremos el de Francia, Alemania e Italia, por lo que respecta a la regulación procesal que estos tenían sobre la prueba testimonial.

En el Derecho Francés, en el siglo XIV, la prueba testifical tenía un gran prestigio, ya que la mayoría de los derechos eran probados por medio de testigos como la libertad, la propiedad, el estado de la familia y la vida misma, pero fueron perdiendo valor probatorio porque se empieza a contemplar el soborno de los testigos, además por la aparición de los documentos, porque como decía Montesquieu una escritura es un testigo que difícilmente se corrompe.

Por ende, la ley francesa decidió excluir la prueba testimonial para todas aquellas obligaciones o contratos que se pudieran redactar por escrito y así tenemos que los ordenamientos Moulins de Francia de 1566, establecieron en su artículo 54 que se tenía la obligación de otorgar contrato escrito en todas aquellas cosas que excedieran de un valor de 100 libras, misma situación que contemplaron las ordenanzas de

Carlos II. de Luis XII y Francisco I.

Respecto de los derechos que excedan de la suma de 150 liras, deberán ser pasados ante acta de notario o constar por escrito privado aunque se trate de depósito voluntario.

Tampoco es recibida la prueba testimonial en contra o más allá de lo contenido en documentos escritos, ni sobre lo que se haya alegado antes, al mismo tiempo o con posterioridad a los mismos, aunque se tratase de una suma o valor menor de 150 liras.

Respecto de la Codificación Alemana, la ordenanza procesal civil de 1877 que entró en vigor en 1879, regulaba la prueba testimonial sin muchas limitaciones, salvo que se establecía que no pueden ser testigos las partes de la contienda aunque el proceso no se lleve a nombre propio, asimismo, esta prohibición se extiende para el representante legal de las partes, fuera de esta limitación no existen más, por lo que pueden ser testigos los menores de edad, los niños y el condenado por falso testimonio o por otros motivos que hagan dudar su veracidad.

" El Derecho Alemán es en síntesis el derecho de esta época en el que se contienen mayores libertades para el uso de la prueba testifical. " (14)

El código italiano de 1866, establecía en su artículo 1341 que para admitir la prueba testimonial se deben atender a dos reglas:

(14) W. Kisch "Elementos del Derecho Procesal Civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1979, Pág. 218.

a.- No se admitirá prueba testifical para convenios sobre objetos cuyo valor exceda de 500 liras aunque se trate de depósito voluntario.

b.- Tampoco se admitirá esta prueba en contra o más allá de lo contenido en documentos escritos ni sobre lo que se alega haberse dicho antes, al mismo tiempo o con posterioridad a los mismos, aunque se trate de una suma o valor menor de 500 liras.

A la primera regla se le aplican cinco grande excepciones que son:

" 1.- Se admite la prueba testifical de los contratos y actos para los que la ley requiere, escritura pública o privada como condición esencial de su validez siempre que haya un principio de prueba escrita.

2.- Siempre que no le haya sido probable al acreedor procurarse una prueba de la obligación contraída para con el y no se trate de un acto contra el cual la ley requiera la formalidad de escritura ad solemnitates.

3.- Cuando la prueba escrita se perdió por causas no imputables al acreedor.

4.- Cuando se trate de probar obligaciones mercantiles.

5.- Cuando por reciproco acuerdo de las partes deroguen la ley que prohíbe la prueba testifical, siempre que el documento escrito no se requiera. " (15)

(15) Mattiolo Luis "Tratado de Derecho Judicial Civil", Editorial Reus, Madrid 1983, Tomo II, Pág. 255.

1.7.- MEXICO.

Para analizar los antecedentes históricos de la prueba testimonial en México, recurriremos a las épocas en que se divide la historia de México.

1.7.1.- Epoca precolonial.

En esta época el derecho era consuetudinario y clasista.

Era consuetudinario porque no existía ninguna escritura o documento en el que se establecieran reglas jurídicas que regularan la conducta de los hombres y por ende se aplicaba la costumbre.

Era clasista porque el derecho no se aplicaba uniformemente para todos los pobladores de la tierra del Anáhuac, ya que los estratos sociales marcaban con precisión las libertades y restricciones que le correspondían a cada clase.

Colín Sánchez establece: " Hay probabilidad de que las pruebas que se usaron en esa época fueron la confesional, la testimonial y la presuncional. " (16)

La testimonial era un medio probatorio con el cual contaban los hombres de esta época para hacer constar los actos jurídicos que celebraban o los hechos de los cuales derivaban sus derechos en virtud de que se desconocían los beneficios de

(16) Colín Sánchez Guillermo "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa, México 1984, Pág. 132.

la escritura, y por ende, se le daba preferencia a las declaraciones de terceros ya que dependía de la veracidad de estos y de su calidad moral la resolución de los conflictos judiciales que se suscitaban, por ejemplo: La compra-venta de esclavos se realizaba en lugares públicos y ante la presencia de los testigos de cada parte, para que en caso de suscitarse un conflicto, los testigos que habían intervenido en la celebración del acto pudieran rendir testimonio del mismo.

El testigo debía declarar ante el juez popular de cada barrio y al declarar debía poner la mano sobre la tierra y después llevarla a los labios indicando con esto que se comía de ella y que por tanto, su testimonio era verdadero.

Por lo que respecta a la confesión esta se obtenía a través de torturas y la presuncional se obtenía como resultado de la celebración del acto o de un hecho.

1.7.2.- Epoca colonial.

Por lo que respecta a esta epoca la conquista española trajo como consecuencia un cambio en el régimen político y jurídico indígena, al ser impuestas en la Nueva España todas las tradiciones y leyes españolas que imperaban en esa época, las cuales eran de tres clases:

1.- Las que regían en la nación española como las leyes de las Siete Partidas, que regían la materia civil, especialmente las partidas III, IV (matrimonio). V (contratos y obligaciones) y VI (testamentos y herencias), las del Fuero Juzgo, así como

la Novísima Recopilación.

2.- Las que fueron creadas para las colonias españolas en América, como las leyes de indias que protegían al indigena que era considerado como menor de edad para todos los efectos jurídicos.

3.- Las que se elaboraron especialmente para la Nueva España como las ordenanzas de Cortés del año de 1524 a 1525 en las que se aprecia que ninguna de ellas se refiere a la prueba testimonial.

Al lado de estas tres clases de leyes enumeradas permanecieron con carácter supletorio las Leyes Indígenas que eran aplicables en los casos no previstos por las normas jurídicas españolas siempre que no contravinieran la religión cristiana ni las leyes de indias.

Los tribunales y juicios que regulaban la conducta de los indios y españoles fueron el de la Santa Inquisición (ventilaban asuntos que fueran contra la religión católica y realizaba juicios sumamente estrictos y voluminosos), el del Santo Oficio, la Audiencia (regulaba asuntos policíacos y contra los administradores de justicia), el Tribunal de la Acordada, el Juicio de Residencia (juzgaba actos de un alto funcionario público al terminar su cargo) y los Tribunales Especiales (que juzgaban a los vagos y mal vivientes), todos estos juicios y tribunales se apoyaban en factores religiosos, económicos, sociales y políticos.

En la partida número III, Ley II, Título II, se contemplaba la regla de que " los testigos eran examinados separada y sucesivamente para evitar confusiones en su contestación sin que unos presenciaran las declaraciones de los otros. " (17)

En la partida III, Ley XXVI. Título III, se establecía que los testigos no deben apartarse después de juramentados de la presencia del juez que los examina hasta que rindan sus declaraciones. excepto en el caso de que se requiera más de una audiencia para recibir el testimonio, para tal efecto se señalaba que se debía recepcionar 15 días después a la fecha en que no se pudo recepcionar.

Podemos apreciar que el imperio religioso seguía teniendo una fuerte intervención en los asuntos del estado, aunque también se puede palpar que muchas de las disposiciones legales que regían a este medio de prueba se tomaron para nuestra actual legislación.

Las declaraciones de los testigos se recibían en secreto para que las partes no tuvieran la oportunidad de presentar testigos aleccionados o para oponerse a lo probado por sus propios testigos o por los de la contraria, por lo que se procuraba que no se modificaran las declaraciones de los testigos, en virtud de que en ellas radicaba la fuente de credibilidad e idoneidad de la prueba testimonial.

(17) Caravantes J. Vicente "Tratado Histórico, Crítico y Filosófico de los Procedimientos en Materia Civil", Editorial Arayú, Madrid 1985, Pág. 242.

El juez debía llamar a las partes una vez concluido el término de prueba y señalarles el día en que se debía oír el dicho de los testigos, si una de las partes no concurría se publicaban los dichos de los testigos, es decir, si el juez daba por concluida la causa y fallaba sin la publicación de los testimonios la parte perjudicada podía apelar y el superior declaraba nula la sentencia mandando reponer las cosas al estado que guardaban y concluir el término de prueba.

Respecto de la prueba testimonial en el testamento " El Fuero Juzgo estableció que el testamento es válido si es escrito por su autor ante testigos o no sabiendo aquél firmar lo firmará alguien por él, o bien hace el testamento de palabra ante testigos, pero en todos esos casos el testamento debe ser confirmado o aprobado ante el obispo en el plazo de seis meses, jurando los testigos que el testador les rogó que concurrieran a dar testimonio de su última voluntad. " (18)

1.7.3.- Epoca independiente.

En los primeros años de vida independiente, la nación mexicana siguió rigiéndose por las leyes implantadas en la colonia debido a la falta de legislación propia que pudiera resultar apta para nuestras necesidades como nación independiente, hasta que gradualmente fueron sustituidas por las leyes y códigos nacionales.

A principios de esta época la prueba testimonial era una

(18) Esquivel Obregón Toribio "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Editorial Polis, México 1979, Tomo I Pág. 224.

prueba principal, aunque también se tomaba en cuenta la prueba de juramento que era utilizada en la disputa de tierras y pinturas, se consideraba que para poder fungir como testigo en un proceso criminal se debía tener 20 años de edad y en asuntos civiles se debía tener 14 años de edad, por lo que es notable que se le daba más importancia a los asuntos criminales que a los civiles.

Los Códigos de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1884 y 1932, proveen la prueba testimonial y fijan la manera de recibirla, así como las condiciones que debe llenar un testigo para que su testimonio sea tomado en consideración.

Así tenemos que el código de 1884, en su artículo 1322 establecía que el testimonio no era suficiente para comprobar la existencia de determinados actos jurídicos como el de las capitulaciones matrimoniales, la constitución de sociedades, depósitos y como prueba en contra del contenido de un documento acreditativo.

Por otra parte, tenemos que el código procesal de 1932, establecía en su artículo 503 que tenían la obligación de declarar como testigos todas aquellas personas que no se hallasen impedidas para hacerlo y en su artículo 504 señalaba que no podían ser testigos los dementes, idiotas, ebrios consuetudinarios, el tahir de profesión, los tutores y curadores del que los presenta, parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado, y por afinidad dentro del segundo

grado a no ser que el juicio versara sobre edad, parentesco,
filiación, divorcio o nulidad de matrimonio.

C A P I T U L O I I

" NATURALEZA JURIDICA DE LA "
" PRUEBA TESTIMONIAL "

2.1.- INTRODUCCION.

Antes de analizar la prueba testimonial en su fase probatoria (ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo), consideramos importante señalar qué es la prueba testimonial, cuáles son sus elementos, cuáles sus características y su importancia dentro del proceso civil.

2.2.- CONCEPTO DE PRUEBA TESTIMONIAL.

Para poder establecer el concepto de prueba testimonial primeramente señalaremos qué debe entenderse por prueba en general.

Al respecto, el Diccionario Jurídico Mexicano nos dice: "Prueba. En sentido estricto es el medio, instrumento y conducta humana por los que se verifican o confirman las afirmaciones de hecho expresadas por las partes, y en sentido amplio es el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles." (19)

Por otra parte, Cipriano Gómez Lara nos dice que: "Prueba es el conjunto de instrumentos por los cuales se persigue dar al juzgador el cercioramiento sobre las cuestiones controvertidas." (20)

(19) Instituto de Investigaciones Jurídicas "Diccionario Jurídico Mexicano", Editorial Porrúa, México 1992, Págs. 2632 y 2633.

(20) Gómez Lara Cipriano. Op Cit. Pág. 72.

Una vez analizado el concepto de prueba en general, cito las definiciones que sobre la prueba testimonial han emitido diversos autores.

Así tenemos que para Prieto Castro Leonardo, la prueba testimonial " es aquella suministrada por personas que han presenciado o han oído los hechos sobre los cuales se les interroga. " (21)

Según Rocco " La prueba testimonial es una declaración que una persona extraña al proceso rinde ante los órganos jurisdiccionales sobre la verdad o existencia de un hecho jurídico. " (22)

Asimismo, el Diccionario Jurídico Mexicano dice que :
" La prueba testimonial es aquella que se basa en la declaración de una persona, ajena, a las partes, sobre los hechos relacionados con la litis que hayan sido conocidos directamente y a través de sus sentidos por ellas. " (23)

En virtud de que pocos autores procesalistas en materia civil nos definen qué es la prueba testimonial, hemos recurrido al concepto que al respecto nos da Alberto González Blanco que aún cuando es autor de estudios en materia procesal penal en nada altera el sentido que respecto de la prueba testimonial se ha establecido en el proceso civil y al respecto nos dice :
" La prueba testimonial es el acto realizado dentro del proceso

(21) Prieto Castro Leonardo "Derecho Procesal Civil", Editorial General Zaragoza, España 1986, Tomo I, Pág. 350.

(22) Rocco Hugo. Op Cit. Pág. 156.

(23) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op Cit. Pág. 3086

por una persona que no es parte, su percepción y conocimiento de hechos y circunstancias pasadas las hace del conocimiento de la autoridad con la finalidad de provocar en el mismo su convicción en un determinado sentido. " (24)

Por nuestra parte, diremos que la prueba testimonial es un medio indirecto empleado por las partes en una controversia, por el que se pretende verificar o confirmar las afirmaciones de hecho expresadas por las partes ante el órgano jurisdiccional, a través de la declaración que de ellos haga el testigo.

Por ende, deducimos que la prueba testimonial se confía a la memoria de terceros, quienes afirman o niegan la existencia de un hecho determinado por haber estado presentes en su ejecución, o porque tuvieron noticia del mismo.

2.3.- ELEMENTOS ESENCIALES DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Los elementos que integran la prueba testimonial como medio probatorio en el proceso civil, son los siguientes:

2.3.1.- El testigo.

Es un elemento esencial de la prueba testimonial, porque es el medio a través del cual se permite su desahogo.

La palabra testigo, proviene de "testando" que significa decir, referir, narrar o explicar según su mente, y de "testibus" que significa dar fe de la verdad de un hecho.

(24) González Blanco Alberto "El Proceso Penal Mexicano", Editorial Porrúa, México 1989, Págs. 170 y 171.

Cipriano Gómez Lara nos dice que testigo procesal " es aquella persona a la que le constan ciertos hechos y se le llama para que rinda una declaración ante el juez, declaración que va a verter ese propio testigo mediante un interrogatorio y por medio de preguntas que se le van formulando. " (25)

Eduardo Pallares afirma, que: " testigo es toda persona que tiene conocimiento de los hechos litigiosos. " (26)

Chioventa. nos dice: " testigo es la persona distinta de los sujetos procesales, llamada a exponer al juez las propias observaciones de hechos acaecidos que tienen importancia en el pleito. " (27)

Por su parte el Diccionario Juridico Mexicano, nos dice: " testigo es la persona ajena a la relación juridico-procesal que participa en el proceso al reproducir los hechos que le consten mismos que se controvierten en un juicio. " (28)

Hugo Alsina considera que : " el testigo debe ser extraño a la relación procesal como condición de imparcialidad y veracidad. " (29)

Por tanto, podemos decir, que testigo en derecho procesal

(25) Gómez Lara Cipriano. Op Cit. Pág. 112.

(26) Pallares Portillo Eduardo "Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1982, Pág. 424.

(27) Chioventa Giuseppe José "Derecho Procesal Civil", Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1980, Tomo III, Pág. 338.

(28) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op Cit. Pág.3086

(29) Alsina Hugo "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Editorial Ediar. Buenos Aires 1980, Tomo III, Pág. 539.

civil es toda persona física que tiene conocimiento de ciertos hechos que sucedieron en el pasado, y que posteriormente son materia de una controversia de la que no es parte, mismo que puede ser llamado por el órgano jurisdiccional o presentado por una de las partes para que comparezca ante el órgano jurisdiccional a narrar su testimonio acerca de esos hechos que le constan por haberlos percibido directamente a través de sus sentidos, la que habrá de producir o no convicción en el ánimo del juzgador, según la relación de certeza que guarde con los hechos dudosos.

Es decir, lo que le da el carácter de testigo procesal es que su declaración sea rendida ante un órgano jurisdiccional y que ésta verse sobre hechos que sucedieron en el pasado, mismos que están íntimamente relacionados con el litigio.

2.3.1.1.- ¿Quiénes están imposibilitados para ser testigos en una controversia?

El Diccionario Jurídico Mexicano, establece que: " están imposibilitados para actuar como testigos, por la propia naturaleza de la prueba:

a)- Las partes en sentido material, es decir, el actor, el demandado y los terceristas ya que al afectarles la sentencia definitiva pueden declarar a su favor.

b)- Las partes en sentido formal, entendiéndose por ellas los representantes legales o voluntarios del actor, demandado o

terceristas ya que se encuentran procesalmente identificados. "

(30)

Estas incapacidades las establece atendiendo a la naturaleza de la prueba, en razón de que estas personas siempre declararían en su favor.

Por su parte, Pérez Palma Rafael establece que: " dentro del sistema establecido en este código, no hay testigos inhábiles: la obligación de declarar como testigo, según se dispone en el precepto, es general, sin distinguir condiciones físicas, religiosas, sociales, ni de ninguna índole. " (31)

Por lo que respecta al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal este no contiene ninguna disposición legal que incapacite a determinadas personas para declarar como testigos en un juicio, porque se considera que en base al artículo 356 del ordenamiento legal citado, todas las personas físicas que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben probar son capaces para declarar en juicio independientemente de sus imposibilidades físicas y mentales, por ende, se les debe admitir su testimonio tal como lo establece el artículo 363 del cuerpo procesal citado que dice: " Después de tomarle al testigo la protesta de conducirse con verdad y de advertirle de las penas en que incurrir los testigos falsos, se hará constar el nombre, edad, estado,

(30) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op Cit. Págs. 3086 y 3087.

(31) Pérez Palma Rafael "Guía de Derecho Procesal Civil", Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1986, Pág. 468.

domicilio y ocupación; si es pariente por consanguinidad o afinidad y en qué grado, de alguno de los litigantes; si es dependiente o empleado del que lo presente, o tiene con él sociedad o alguna relación de intereses; si tiene interés directo o indirecto en el pleito, si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes. A continuación se procederá al examen. " (32)

Es decir, no se deben confundir aquellas incapacidades que el sistema jurídico mexicano señala para actuar como testigo con aquellas circunstancias que el juzgador debe tomar en cuenta al momento de valorar este medio de prueba, mismas que le son hechas de su conocimiento por las partes a través del incidente de tachas, mismo derecho que se le confiere a las partes en términos del artículo 371 del código procesal que establece: " En el acto del examen de un testigo o dentro de los tres días siguientes, pueden las partes atacar el dicho de aquél por cualquier circunstancia que en su concepto afecte su credibilidad, cuando esa circunstancia no haya sido ya expresada en sus declaraciones. La petición de tachas se substanciará incidentalmente y su resolución se reservará para definitiva, debiendo suspenderse mientras tanto el pronunciamiento de ésta. " (33)

Es decir, esas circunstancias que se refieren al parentesco, dependencia económica, etc, solamente vuelven sospechosa la deposición del testigo pero no la invalidan.

(32) Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Delma, México 1991, Pág. 92.

Por su parte el Código de Comercio en su artículo 1262 si determina en forma específica que personas están incapacitadas para actuar como testigos en materia mercantil señalando las siguientes:

" I.- El menor de catorce años, sino en caso de imprescindible necesidad, a juicio del juez.

II.- Los dementes y los idiotas.

III.- Los ebrios consuetudinarios.

IV.- El que haya sido declarado testigo falso o falsificador de letra, sello o moneda.

V.- El tahur de profesión.

VI.- Los parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado y por afinidad dentro del segundo grado.

VII.- Un cónyuge a favor de otro.

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

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

X.- El enemigo capital.

XI.- El juez en el pleito que juzgó.

XII.- El abogado y el procurador en el negocio del que lo sea o lo haya sido.

XIII.- El tutor y el curador por los menores y éstos por aquéllos, mientras no fueren aprobadas las cuentas de la tutela. " (34)

(33) Código de Procedimientos Civiles. Op Cit. Pág. 93.

(34) Código de Comercio, Editorial Porrúa, México 1991, Pág. 95.

Por último cabe señalar, que nuestro sistema jurídico mexicano en 1884, establecía en el código procesal civil una disposición legal semejante a la que señala el código de comercio vigente. Sin embargo, consideramos innecesario que en nuestro actual código procesal civil se vuelva a establecer dicha disposición legal, por las razones antes explicadas.

Por su parte, Becerra Bautista establece: " comparando ambos sistemas legislativos, encontramos que el primero prohíbe la declaración del testigo que tenga alguno de los impedimentos que señala; el segundo si permite la declaración, pero hace que en la misma se asienten circunstancias que pueden servir al juez para calificar la credibilidad que debe dar al testimonio. "
(35)

2.3.1.2.- Clasificación de los testigos.

Autores como Cipriano Gómez Lara y Eduardo Pallares entre otros, han establecido que los testigos se clasifican en dos grandes grupos:

a.- Los llamados testigos instrumentales o de asistencia.

b.- Los llamados testigos judiciales.

Los primeros son todas las personas físicas cuya presencia y firma son exigidos por la ley sustantiva para darle validez a la celebración de un acto jurídico, por ejemplo: Para el otorgamiento de un testamento público abierto se requiere la

(35) Becerra Bautista José "El Proceso Civil en México", Editorial Porrúa, México 1970, Pág. 114.

presencia de tres testigos idóneos tal como lo establece el artículo 1511 d el Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: "Testamento público abierto es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos. (36)

Por tanto, no son testigos de naturaleza procesal, en virtud de que no tienen una función probatoria litigiosa.

Ahora bien, los testigos judiciales son las personas físicas que se presentan ante el órgano jurisdiccional para que por medio de su declaración el juez tenga un conocimiento más certero acerca de los hechos que se controvierten, por ende, es de naturaleza procesal su función probatoria, esta clase de testigos se ha clasificado a su vez de la siguiente manera:

1.- Testigos Abonados.- Son los que no tienen tacha legal en cuanto a su idoneidad y veracidad por constarle los hechos sobre los que declaran, siempre que se justifique su veracidad e idoneidad.

Por su parte, Rafael Pérez Palma nos dice que son testigos abonados: " los que no tienen ninguna de las tachas que mencionan los artículos 363 y 371. " (37)

2.- Testigos Contestes o Concordantes.- Son aquellas personas físicas cuya declaración concuerda en lo esencial y en lo accidental del hecho aportado con las de otros.

3.- Testigos de Apremio.- Son aquellas personas físicas

(36) Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 1991, Pág. 282.

(37) Pérez Palma Rafael. Op Cit. Pág. 466.

que teniendo conocimiento de los hechos que se controvierten y que no están excluidas por la ley para declarar, se niegan a comparecer y declarar acerca de los mismos, y por ende, se les obliga a declarar o a comparecer a través de las medidas de apremio que marca la ley procesal en su artículo 357 que dice: " El juez ordenará la citación con apercibimiento de arresto hasta por quince días o multa equivalente hasta quince días de salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, que se aplicará al testigo que no comparezca sin causa justificada, o que se niegue a declarar."

4.- Testigos de Oídas.- Son aquellos que no conocen personal y directamente el hecho sobre el que declaran, sino que saben de él porque otras personas se lo relataron. Al respecto Cipriano Gómez Lara sostiene que esta clase de testigos " siempre será desechado, porque en el momento en que se pregunta la razón de su dicho, el cómo llegó a saber algo, manifiesta que se lo contaron. " (38)

5.- Testigos de Vista o Presenciales.- Son aquellos que conocen personal y directamente los hechos que se controvierten por haberlos visto, presenciado o percibido a través de sus sentidos, siendo obviamente de trascendencia procesal.

6.- Testigos Excluidos.- Son aquellos que por razón de parentesco o secreto profesional están exentos de declarar si así lo desean y por ende, no pueden ser obligados a declarar por las medidas de apremio que señala la ley procesal, éstos

(38) Gómez Lara Cipriano. Op Cit. Pág. 112.

testigos se encuentran regulados en el artículo 288 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que dice: " Los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a terceros, por los apremios más eficaces, para que cumplan con esta obligación y en caso de oposición, oírán las razones en que la funden y resolverán sin ulterior recurso.

De la mencionada obligación están exentos los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que deben guardar secreto profesional en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que están relacionados. "

7.- Testigos Falsos.- Son aquellos que al declarar ante el órgano jurisdiccional faltan maliciosamente a la verdad de los hechos que se controvierten.

8.- Testigos Hábiles.- También denominados testigos idóneos y son aquellas personas físicas que tienen un conocimiento directo de los hechos que se controvierten, merecen fe en lo que declaran, es decir, son los testigos procesales en los cuales se puede confiar para probar los hechos.

9.- Testigos Inhábiles.- Son aquellas personas físicas que por ser parte, representantes de éstas, o terceristas, no pueden fungir como testigos en una controversia.

10.- Testigos Privilegiados.- " Son aquellas personas que por razón de su alta investidura, pueden dejar de concurrir al tribunal a rendir su declaración. " (39)

11.- Testigos Singulares.- Son aquellos cuya declaración no está acorde con los hechos esenciales declarados por otro testigo por ejemplo: Cuando un testigo declara que "X" suma de dinero fue recibida en calidad de préstamo y otro dijera que lo fue en calidad de depósito.

Por otra parte. el carácter singular en los testigos desde el punto de vista doctrinario, según la opinión de diversos autores consultados, pueden ser de tres clases:

a.- Adversativa u Obstativa.- Esto es, cuando las declaraciones de los testigos son contradictorias de tal manera que no es posible admitir sino una sola, ya que si uno de los testimonios aportados es cierto, el otro, forzosamente, tendrá que ser falso y por tanto carece de valor probatorio, como puede entenderse claramente del siguiente ejemplo: Un testigo afirma que el contrato en litigio se celebró en la ciudad de México, y otro afirma que dicho contrato se celebró en la ciudad de Toluca.

b.-Acumulativa o Admniculativa.- Cuando las declaraciones de los testigos varían entre si pero no son contradictorias y lejos de excluirse se complementan las unas con las otras, ejemplo: Un testigo dice que el testador no otorgó libremente su voluntad porque fue presionado para celebrarlo bajo coacción al no dársele alimento, otro testigo sostiene que el testador fue expuesto al sol sin ningún ropaje, y otro testigo más afirma que observó cuando el ahora heredero golpeó al testador

(39) Becerra Bautista José. Op Cit. Pág. 116.

para que firmara el testamento que se exhibió a su favor.

Al respecto. Pérez Palma nos dice: " en la singularidad las declaraciones son diferentes entre si, pero no contradictorias, es decir, se tienen declaraciones, que consideradas aisladamente y en si mismas, resultarán singulares, pero tomadas en conjunto, enlazadas y relacionadas entre si, se complementan, sin que entre ellas exista contradicción. " (40)

c.- Diversificativa.- Cuando las declaraciones de los deponentes no se contradicen ni se complementan unas con otras, sino que son independientes entre si, y no constituyen medio de prueba.

2.3.2.- El testimonio.

También es un elemento esencial de orden probatorio porque en él se encuentra contenida la reproducción de los hechos que el testigo ha de manifestar ante el órgano jurisdiccional, con la finalidad de que el juzgador encuentre la verdad de los hechos dudosos o que se controvierten.

Para Guillermo Colín Sánchez, " El testimonio es aquél medio de probar y acto procesal por el cual terceras personas comunican al órgano jurisdiccional sus experiencias y percepciones sensoriales extrajudiciales o relacionadas con el litigio. " (41)

(40) Pérez Palma Rafael. Op Cit. Pág. 467.

(41) Supra: "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Pág. 167.

Eduardo Pallares nos dice: " testimonio es la declaración de un testigo. " (42)

Según Carnelutti, el testimonio: "es un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo. " (43)

Además, nos dice, que en el testimonio, el hombre reproduce por sí, con la voz o con el gesto las líneas o los sonidos después de haberlos percibido sin que ningún aparato exterior intervenga en la reproducción.

Cabe señalar, que el testimonio debe tener relación con los hechos que se controvierten, ya que el juzgador busca la verdad de los mismos. De lo contrario, el juez percibiría hechos extraños al procedimiento mismos que no le interesan, ya que no lo auxilian a encontrar la verdad de los hechos dudosos.

Es decir, la finalidad de todos los medios de prueba es probar el hecho dudoso, misma que se establece en el artículo 289 del código procesal que dice: " Son admisibles como medios de prueba aquéllos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos. "

Por otra parte, el testimonio debe versar sobre hechos percibidos a través de los sentidos del testigo, puesto que

(42) Pallares Portillo Eduardo "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1989, Pág. 692

(43) Carnelutti Francesco "La Prueba Civil", Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina 1985, Pág. 121.

éstos son medios aptos para llevar la inteligencia del hombre hacia lo que acontece en el mundo exterior y las cosas materiales se conocen por haberlas visto, oído, gustado, tocado u olido.

Por estas razones, el testigo califica las cosas por él vistas a través de su experiencia personal sobre los mismos, ejemplo: El asegurar que las cosas por él vistas eran de color azul.

Al respecto Becerra Bautista nos señala, que " La existencia de que los hechos sean conocidos directamente por el testigo significa que éste no debe haber llegado al conocimiento de los mismos, por referencias que de los hechos hubiere tenido, porque, entonces su testimonio carecería de validez, salvo el caso en que, excepcionalmente, la ley admita este tipo de declaración. " (44)

Por tanto, podemos decir, que el testimonio es la narración o representación que realiza una persona física extraña al proceso ante el Órgano Jurisdiccional, respecto de los hechos que sucedieron en el pasado y que ahora son materia de una controversia, mismos que percibió a través de sus sentidos, con la finalidad de aportar al juez un conocimiento más certero acerca de cómo sucedieron los hechos para el efecto de que norme su criterio y pueda declarar o constituir un derecho, o bien imponer una condena.

(44) Becerra Bautista José. Op Cit. Pág. 113.

Para que el testimonio sea útil, debe rendirse precisamente dentro del procedimiento para el cual se ofrece, provenir de un testigo idóneo, así como el de establecerse mayores disposiciones legales que lo regulen y una correcta observancia de esas disposiciones por parte del juzgador y de las partes.

2.3.2.1.- Obligación de rendir testimonio.

La obligación para declarar en juicio se encuentra regulada por el artículo 356 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece: " Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben de probar, están obligados a declarar como testigos. "

Es decir, la obligación de declarar es un concepto impositivo para los testigos, porque con su testimonio auxilian a los tribunales en la averiguación de la verdad. Solamente están exentos de esta obligación los ascendientes, descendientes, el cónyuge y personas que deben guardar secreto profesional como los médicos, los abogados, los curas, etc, siempre que con el dicho de éstos se trate de probar un hecho que perjudique a la parte con la que están relacionados, como se desprende del último párrafo del artículo 288 del código procesal ya invocado.

Por otra parte, cabe señalar que no hay que confundir la falta de obligación de declarar en juicio para este tipo de testigos con la prohibición de declarar en juicio. es decir, esta clase de testigos no pueden ser obligados a declarar en

juicio, pero si desean declarar cabe recibir su testimonio si para ello se muestran deseosos de hacerlo, sin que se nulifique su testimonio por las razones antes explicadas.

El juez por su parte, sólo tomará en cuenta esas circunstancias al momento de valorar este medio de prueba, es decir, deducirá si esas circunstancias influyeron en el dicho del testigo y por tanto darle el valor probatorio que considere pertinente. Por lo que respecta a las partes éstas harán valer esas circunstancias a través de un incidente de tachas tal como lo dispone el artículo 371 del código procesal ya invocado.

De la obligación de rendir testimonio se desprenden tres elementos que están íntimamente ligados entre si y que son obligatorios:

1.- La comparecencia.- No pueden dejar de asistir sin causa justificada las personas que están obligadas a declarar ante el órgano jurisdiccional, esta situación se encuentra prevista en el artículo 357 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en la última parte de su primer párrafo.

2.- La declaración.- Se refiere a los testigos que habiendo comparecido, tienen la obligación de declarar como lo establece el artículo 357 párrafo primero parte última del ordenamiento legal antes citado, ya que esta declaración tiene como finalidad que el juzgador advierta la veracidad o falsedad de los hechos manifestados por las partes.

Para el cumplimiento de estas dos obligaciones, el juez cuenta con los apercibimientos que señala el artículo 357 del invocado cuerpo procesal, mismos que se refieren al arresto hasta por quince días o a la multa equivalente hasta quince días de salario mínimo general diario vigente en el distrito federal.

Además de contar con estos apercibimientos, el juez puede decretar las medidas de apremio que señala el artículo 73 en sus párrafos primero y sexto, así como en su fracción I en caso de reincidencia. Facultad que se le confiere al órgano jurisdiccional en términos del artículo 288 párrafo segundo del citado cuerpo procesal que establece: " Los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a terceros, por los apremios más eficaces, para que cumplan con ésta obligación, y en caso de oposición, oirán las razones en que la funden y resolverán sin ulterior recurso. "

En caso de que el juez se negara a decretar dichos apercibimientos, constituye una violación a las garantías individuales que señala el artículo 14 constitucional al establecer que: " Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. " (45)

(45) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Editorial Porrúa, México 1991, Pág. 13.

Es decir, el juez sólo tendrá la potestad de determinar qué medida de apremio de las señaladas por el artículo 357 del código procesal invocado aplicará en caso de que el testigo que estuviese obligado a comparecer y declarar no lo hiciera, pero no debe dejar de decretar dichos apercibimientos.

3.- Obligación de dar la razón de su dicho.- Una vez que ha declarado, el testigo deberá manifestar al juez, el porqué tiene conocimiento de los hechos que ha narrado, esto con la finalidad de que se pueda advertir si el testigo es idóneo. Esta obligación procedimental está contemplada en el artículo 369 del código de procedimientos civiles que establece: " Los testigos están obligados a dar la razón de su dicho y el juez deberá exigírla en todo caso."

Las medidas de apremio con que cuenta el juez para que se cumpla esta determinación, son las que le señala el artículo 73 del mismo ordenamiento legal.

Como se observa, el testigo y el testimonio son elementos componentes de la prueba testimonial en un proceso y están íntimamente ligados ya que el testigo es la persona física que narra los hechos que le constan y que guardan relación con la controversia, y el testimonio es la narración o declaración que el testigo aporta.

2.3.3.- Existencia de una autoridad jurisdiccional.

Este es otro elemento importante de la prueba testimonial, toda vez que si no existiera una autoridad jurisdiccional que

recepcionara el testimonio rendido por una persona física, no se le atribuiría el carácter de prueba y por esta razón nunca se llegaría a conocer la verdad de estos hechos. es decir, si se declara ante una persona que carece de facultades decisorias su testimonio no tendrá validez en un juicio. Pero si se declara ante el juez que es una autoridad jurisdiccional investida de facultad decisoria, éste tendrá contacto o conocimiento de los hechos y así podrá juzgarlos sobre su veracidad o falsedad.

El hecho de que se rinda la declaración del testigo ante una autoridad jurisdiccional, hace que se distingan claramente dos clases de testigos: Los testigos judiciales y los testigos instrumentales. Los primeros como he mencionado anteriormente, deberán rendir su testimonio sobre hechos que sucedieron en el pasado y que ahora se controvierten ante el órgano jurisdiccional constituyendo un medio de prueba en un proceso, y los segundos rendirán su testimonio sobre hechos que apenas se van a crear y se rinden ante un fedatario, mismos que le dan validez a un acto jurídico y por lo tanto, no constituyen un medio de prueba en un proceso.

2.4.- CARACTERISTICAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Es un medio de prueba indirecto, porque el juez no percibe directamente los hechos que se controvierten sino a través del testigo, ya que por medio de éste el juzgador puede llegar a conocer la verdad de esos hechos.

Es crítica, porque no representa directamente el hecho por probar como las fotografías, cintas, etc. es decir, no refleja el hecho mismo que se va a probar, pero sirve al juez para que de él, deduzca la existencia o inexistencia del mismo.

Es personal, porque tiene su origen este medio de prueba en la declaración del testigo y no en una cosa.

Es una prueba libre puesto que el juez, para valorarla, se vale de las reglas de la experiencia libremente elegidas por él, es decir, el juez desempeña primero una actividad perceptiva y después una actividad deductiva.

Es circunstancial, porque el testigo ha presenciado el hecho en forma accidental.

Es simple, porque se crea durante la formación y desarrollo del procedimiento.

Es una prueba transitoria, porque se basa en la memoria del hombre que reconstruye los hechos con los elementos puramente subjetivos.

Es preconstituída, porque pre-existe con anterioridad a la formación del procedimiento, es decir, se ofrece, admite, prepara y desahoga en los medios preparatorios a juicio formal.

2.5.- IMPORTANCIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

La prueba testimonial, en el pasado fue considerada como la reina de las pruebas, porque la mayoría de las personas no sabían leer ni escribir. Además de que no existía la imprenta

ni los procedimientos de reproducción documental.

En la actualidad, su importancia se ha visto demeritada debido a la preferencia que el juzgador tiene sobre otros medios de prueba que le sirven para juzgar como es el caso de la prueba escrita, la confesional, la inspección judicial entre otras, en virtud de ser más certeros.

Además de que ha sido considerada como un medio de prueba peligroso, porque tiende a ofuscar la verdad de los hechos al existir testigos zagaces que disfrazan correctamente la mentira, aparentándola como verdadera, ello se puede deber a que son testigos que declaran de mala fe o porque influyen en sus declaraciones factores de toda índole como la ignorancia, simpatía, antipatía, prejuicios, etc, induciendo todo ello a que el juzgador norme un criterio erróneo acerca de la realidad de los hechos, por ende, las declaraciones de esta clase de testigos son de poco valor, es decir, se ha considerado que este medio de prueba no proporciona aquellas garantías de precisión, de exactitud y de veracidad.

Hay autores que la consideran insegura y peligrosa porque se funda en la memoria del hombre, la cual, es débil por naturaleza. También ha sido considerada decadente y de excepción, porque ya pasó el tiempo en que esta prueba era preferida por el legislador.

Prieto Castro Leonardo nos dice que: " esta prueba ofrece grandes dificultades a causa de la diversidad de condiciones de

inteligencia, percepción y crítica de las personas, todo lo cual hace muy falible el testimonio humano, no menor es el peligro de falsedad que encierra, por la influencia de todos los móviles que turban la objetividad de la conducta humana. "

(46)

Por nuestra parte, consideramos que este medio de prueba puede llegar a ser veraz, exacto y preciso pero ello depende fundamentalmente, del testigo, del legislador y de las partes.

Es decir, el primero deberá rendir su testimonio declarando la verdad de los hechos que le constan sin que influyan en él circunstancias personales que la desvirtúen.

Por lo que respecta al juzgador, consideramos que éste deberá emplear correctamente las disposiciones legales que para este medio de prueba señala la ley. Además de propugnar por la creación de mayores disposiciones legales que regulen este medio de prueba porque aunque existen normas jurídicas que la regulan, en nuestra opinión, no son suficientes lo que da pauta a que el legislador actúe ante esas lagunas de la manera que el considere conveniente, misma insuficiencia legislativa que explicaremos con más detalle en el capítulo IV de este trabajo de tesis.

Por otra parte, para que este medio de prueba sea convincente para el juzgador, pensamos que por lo que respecta a las partes, éstas deben ser éticas al ofrecer testigos

(46) Prieto Castro Leonardo, Op Cit. Pág. 350. 0

verdaderos y no procurar con la presentación de testigos falsos obtener su verdad y no la verdad de los hechos que se controvierten. Así como el observar correctamente aquellas disposiciones legales que regulan este medio de prueba.

También consideramos que este medio de prueba es importante para el proceso civil, porque hay casos en los que no se pueden probar los hechos por no existir ningún otro medio de prueba en los que consten y por lo tanto, hay que recurrir a este elemento probatorio para acreditar su existencia.

C A P I T U L O I I I

" OFRECIMIENTO Y ADMISION DE LA PRUEBA" "TESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL"

3.1.- INTRODUCCION.

En este capítulo realizaremos un análisis de este elemento probatorio dentro de las dos primeras etapas en que se divide la fase probatoria del proceso civil, asimismo, señalaremos los requisitos que la ley procesal le fija para su ofrecimiento y admisión.

Por otra parte, también estudiaremos la preconstitución de la prueba testimonial, misma que aunque se ofrece, admite, prepara y recepciona fuera del proceso civil de un juicio formal, no deja de ser un medio de prueba para el mismo.

3.2.- PRECONSTITUCION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

También denominada de futura memoria, porque al momento de recepcionarse este medio de prueba no existe un juicio previamente establecido o promovido en contra de una o varias personas, es decir, todavía no existe la litis.

La prueba testimonial en este caso se ofrece, admite, prepara y desahoga fuera de todo juicio formal, es decir, su tramitación se realiza en los medios preparatorios a juicio formal, en virtud de que la parte que lo solicita tiene la urgencia de que sus testigos sean examinados, por encontrarse aquellos en cualquiera de los supuestos que señala el artículo 193 en su fracción VII, o bien porque la parte que lo promueva se encuentra dentro de los supuestos que establece dicho precepto legal en sus fracciones VIII y IX, que respectivamente dicen: " El juicio podrá prepararse:

VII.- Pidiendo el examen de testigos, cuando éstos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse a un lugar con el cual sean tardías o difíciles las comunicaciones, y no pueda deducirse aún la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía.

VIII.- Pidiendo el examen de testigos para probar alguna excepción, siempre que la prueba sea indispensable y los testigos se hallen en alguno de los casos señalados en la fracción anterior.

IX.- Pidiendo el examen de testigos u otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero. " (47)

Es decir, procederá la recepción de este elemento de prueba en los medios preparatorios del juicio formal, siempre que se justifique cualquiera de los supuestos señalados por el citado precepto legal tal como lo dispone el artículo 239 del código procesal que dice: " El que pida la providencia precautoria deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita. "

Por su parte, Becerra Bautista señala que: "Su admisibilidad está supeditada a la urgencia del examen de los testigos y a la imposibilidad de ejercitar una acción o de hacer valer una excepción en el momento en que se solicita. " (48)

(47) Código de Procedimientos Civiles. Op Cit. Págs.53 y 54.
(48) Becerra Bautista José. Op Cit. Pág. 120.

El órgano jurisdiccional ante el que se tramita la diligencia preparatoria, puede valerse de cualquier medio para comprobar la urgencia de examinar a los testigos y la personalidad del que solicita la realización de dicha diligencia.

La parte que solicita la recepción de este elemento de prueba en los medios preparatorios deberá expresar el motivo por el que requiere su realización y el litigio que posteriormente promoverá.

Si se admite la práctica de la diligencia preparatoria se deberá citar y corrérsele traslado a la parte que será contraria en el futuro juicio formal, para que esta en el término de tres días manifieste lo que a su derecho corresponda. Este medio de prueba quedará sujeto a las formalidades que para su recepción han sido establecidas en el juicio formal tal como lo señala el artículo 198 del cuerpo procesal citado que dice: " se aplicarán las reglas establecidas para la práctica de la prueba testimonial. "

En caso de llegarse a promover el juicio formal la parte que solicitó la diligencia preparatoria de este medio de prueba podrá pedir que se agregue a los autos la diligencia preparatoria practicada con la finalidad de que surta sus efectos en el mismo, es decir, podrá servir como elemento de prueba en el juicio formal que posteriormente se tramite.

En caso de negarse la práctica de la diligencia preparatoria se podrá apelar en ambos efectos siempre que la

sentencia del juicio que se prepara sea apelable.

3.3.- OFRECIMIENTO Y ADMISION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

El ofrecimiento y la admisión de los medios de prueba corresponden a dos momentos procesales diferentes.

El ofrecimiento es la primera de las cuatro etapas en que se divide la fase probatoria del proceso civil, en ella las partes proponen al órgano jurisdiccional los medios de prueba que a su juicio sirven para que este conozca la verdad sobre de los puntos que se controvierten.

Por su parte, Cipriano Gómez Lara establece que: " El ofrecimiento de la prueba es un acto procesal, característico de la parte. " (49)

Es decir, en esta etapa las partes tienen la obligación de ofrecer al órgano jurisdiccional los medios de prueba que a su criterio servirán al juez para conocer la verdad acerca de los hechos que ante él se controvierten, esta obligación procesal la regula el artículo 281 al establecer: "Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones. "

Por ende, si el ofrecimiento de la prueba testimonial corre a cargo de las partes sólo pueden ser testigos en un juicio, aquellas personas cuyo testimonio haya sido ofrecido por una de ellas, es decir, no es válido el testimonio

(49) Gómez Lara Cipriano. Op Cit. Pág. 85.

expontaneo.

Al respecto Becerra Bautista José nos dice: "nadie puede declarar como testigo sino cuando su declaración haya sido ofrecida como prueba por una de las partes. " (50)

No obstante lo anterior, el juez tiene la facultad de poder requerir a cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos que ante el se controvierten para que comparezca a rendir testimonio acerca de ellos, esta facultad se le confiere en términos de los artículos 276 y 279 del cuerpo procesal ya invocado que respectivamente dicen: " 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 estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral. "

" 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 esas 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. "

Por otra parte, cabe señalar que solo pueden ser ofrecidos como testigos en un juicio aquellas personas que no sean el

(50) Becerra Bautista José. Op Cit. Pág. 115.

actor, demandado, parte representante de estos o terceristas, que tengan pleno ejercicio de sus derechos civiles y conocimiento directo acerca de los hechos que se controvierten.

Respecto al número de testigos que pueden ser ofrecidos por las partes en un juicio el código de procedimientos civiles no establece un máximo o un mínimo, sino que únicamente la ley procesal en su artículo 298 faculta al juez para que al momento de admitir este elemento de prueba limite prudencialmente el número de testigos.

Nuestro derecho positivo mexicano señala que no se debe ofrecer y por ende admitir la prueba testimonial en los siguientes casos:

a.- Cuando se trate de probar el estado civil de las personas ya que el artículo 39 del código civil establece: " El estado civil se comprueba con las constancias relativas del registro civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley. " (51)

Es decir, cuando exista registro al respecto la prueba testimonial es inadmisibles, pero en caso de que el registro se haya extraviado, estuviese ilegible o le faltasen las formas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, si es admisible la prueba testimonial.

b.- Cuando se trate de probar la filiación de un hijo

(51) Código Civil. Op Cit. Pág. 51.

respecto del cual no se tiene la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio y tampoco existe copia certificada de su acta de nacimiento, o bien si existe estuviera defectuosa, incompleta o sea falsa. Es decir, para acreditar tal filiación son admisibles todos los medios de prueba que la ley autoriza, a excepción de la prueba testimonial cuando exista un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones resultantes de ciertos hechos que acrediten tal filiación.

c.- Cuando se trate de tachar a los testigos que hayan declarado en el incidente de tachas, porque se haría interminable el ofrecimiento de este medio probatorio, tal como lo dispone el artículo 372 del código procesal que dice: " No es admisible la prueba testimonial para tachar a los testigos que hayan declarado en el incidente de tachas. "

d.- Cuando se trate de probar por medio del testimonio hechos que no son materia de la controversia o que no hayan sido alegados por las partes, toda vez que la finalidad de este y todos los elementos probatorios es la de corroborar los hechos aportados por las partes, respecto de los cuales el juez admite resolución.

e.- Cuando se traten de probar por medio de la prueba testimonial hechos notorios, ya que el artículo 286 cita que: " los hechos notorios no necesitan ser probados. "

f.- Cuando existan otros medios de prueba que ofrezcan

mayor seguridad para comprobar el hecho que se trata de probar, por ejemplo en el caso de que exista un documento que acredite los hechos aducidos por las partes en el juicio.

La prueba testimonial se ofrece con la finalidad de que el órgano jurisdiccional se auxilie con ella, para encontrar la verdad de los hechos que ante él se controvierten, es decir, en virtud de que el juzgador no percibe directamente los hechos, porque no estuvo presente o no supo de ellos al momento en que éstos se produjeron, pero los conoce a través del dicho del testigo ofrecido.

Por todo lo anterior, podemos concluir diciendo que en la etapa de ofrecimiento, las partes tienen a su cargo el presentar las pruebas suficientes que acrediten los hechos que manifestaron ante el órgano jurisdiccional, ya que son los interesados directamente en proteger su derecho, y por ende, se dice que ponen en movimiento la fase probatoria del proceso civil. Es decir, en esta etapa se dan actos cuya realización corresponden a las partes y no al juez.

Por otra parte, la admisión de las pruebas es la segunda etapa de la fase probatoria del proceso civil, en ella se da una mayor participación del órgano jurisdiccional, ya que a este le corresponde calificar la procedencia o improcedencia de los medios de prueba que le fueron ofrecidos por las partes, para lo cual, debe atender a la pertinencia y utilidad de cada uno de los medios de prueba, así como el hecho de que se hayan cubierto todos los requisitos procesales que les señala el

código de la materia para un correcto ofrecimiento de este medio probatorio.

Es decir, en esta etapa la actividad corre a cargo del juzgador al otorgarles o negarles eficacia jurídica procesal a los medios de prueba. Al respecto el artículo 285 del Código procesal civil nos dice: " El tribunal debe recibir las pruebas que le presenten las partes siempre que estén permitidas por la ley y se refieran a los puntos cuestionados. "

La palabra admisión dice Pallares significa: " dar entrada, aceptar o recibir, sea alguna promoción de las partes o sea alguna alegación o tesis sostenida por ellas. " (52)

La admisión de los medios de prueba es una facultad de carácter discrecional y exclusiva del juez, misma que le ha sido conferida en términos del artículo 298 del cuerpo procesal ya citado que dice: " Al día siguiente en que termine el periodo del ofrecimiento de pruebas, el juez dictará resolución en la que determinará las pruebas que se admitan sobre cada hecho. "

Cabe señalar que aunque el anterior precepto legal nos señala que deben ser admitidos todos los elementos de prueba al día siguiente en que termine el periodo de ofrecimiento de pruebas, en la práctica no se lleva acabo por lo que consideramos que sería más conveniente que se dijera: " Después del periodo de ofrecimiento de pruebas las partes pueden solicitarle al juzgador que decrete la admisión o (52) Supra: "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Pág. 41.

desechamiento de los medios de prueba que le fueron ofrecidos, independientemente de que el juez lo declare de oficio. "

La prueba testimonial debe ser admitida siempre que cumpla con los requisitos que la ley procesal le señala para su ofrecimiento, es decir, del ofrecimiento de los medios de prueba depende que el órgano jurisdiccional le de o no eficacia procesal a los mismos, ello en virtud de que puede existir el elemento probatorio que acredite el hecho pero si no es ofrecido conforme a derecho de nada sirve su existencia, porque no será admitido.

El auto que admite una prueba no es recurrible según lo establece la ley procesal en su artículo 285 que dice: " El auto en que se admita alguna prueba no es recurrible; el que la deseche es apelable en el efecto devolutivo, si fuere apelable la sentencia definitiva. "

En el auto admisorio de pruebas se señalará el día y hora en que debe celebrarse la audiencia de ley, los nombres y domicilios de los testigos que deben comparecer ante el órgano jurisdiccional. Asimismo se ordenará en dicho auto la citación de los testigos cuando ésta proceda y la integración o elaboración de los exhortos y oficios cuando éstos sean necesarios.

El tribunal para fijar el día y hora en que deba celebrarse la audiencia de ley, toma en cuenta el tiempo necesario para la preparación de los medios de prueba.

Los sistemas utilizados por los ordenamientos procesales mexicanos para determinar que medios de prueba son admisibles en los respectivos procesos son los siguientes:

a.- El que limita los medios de prueba que la ley reconoce tal como lo hace el código de comercio al establecer en su artículo 1205 " La ley reconoce como medio de prueba:

- I.- Confesión, ya sea judicial, ya extrajudicial;
- II.- Instrumentos públicos y solemnes;
- III.- Documentos privados;
- IV.- Juicio de peritos;
- V.- Reconocimiento o inspección judicial;
- VI.- Testigos;
- VII.- Fama pública;
- VIII.- Presunciones. " (53)

b.- El que enumera en forma enunciativa algunos de los medios de prueba admisibles y deja abierta la posibilidad para que el juzgador admita cualquier otro medio de prueba diferente de los enunciados, como lo hace la Ley Federal del Trabajo en su artículo 776 que dice: " Son admisibles en el proceso todos los medios de prueba que no sean contrarios a la moral y al derecho, y en especial los siguientes:

- I.- Confesional;
- II.- Documental;
- III.- Testimonial;
- IV.- Pericial;

V.- Inspección:

VI.- Presuncional:

VII.- Instrumental de actuaciones y

VIII.- Fotografías. y, en general, aquéllos medios aportados, por los descubrimientos de la ciencia. "

(54)

c.- El que admite cualquier medio de prueba sin enunciarlos, pero a su vez excluyen expresamente algunos de ellos, como lo hace el Código Fiscal de la Federación en su artículo 230 al establecer: " En los juicios que se tramiten ante el Tribunal Fiscal de la Federación, serán admisibles toda clase de pruebas, excepto la de confesión de las autoridades mediante absolución de posiciones. "

(55)

d.- El sistema que señala que es admisible cualquier medio de prueba, sin hacer ninguna enunciación ni exclusión como ocurre en nuestro derecho procesal civil, al establecer en su artículo 289 que : " Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos."

Por lo que respecta específicamente a la prueba testimonial esta se admite atendiendo a dos puntos de vista:

1.- A su eficacia como prueba, es decir, se busca que con

(54) Ley Federal del Trabajo, Editorial Porrúa, México 1990. Págs. 402 y 403.

(55) Código Fiscal de la Federación, Editorial Ecasa, México 1992, Pág. 1172.

este elemento de prueba se produzca en el ánimo del juzgador convicción acerca de los hechos que se controvierten ante él.

2.- A un correcto ofrecimiento, es decir, para que este elementos de prueba sea admisible el oferente debe cubrir ciertos requisitos procesales que la ley de la materia le señala de lo contrario quedaría desvirtuada y por ende, no sería admitida.

De acuerdo a lo anterior, podemos concluir diciendo que si la prueba testimonial se ofrece incorrectamente, o es ineficaz jurídicamente hablando, no debe ser admitida porque de lo contrario se lesionaría el derecho de las partes al ir en contra del principio de igualdad procesal y de los preceptos procesales 285 y 298 que respectivamente dicen:

" El tribunal debe recibir las pruebas que le presenten las partes siempre que estén permitidas por la ley y se refieran a los puntos cuestionados. "

" No se admitirán diligencias de pruebas contra derecho, contra la moral o sobre hechos que no han sido controvertidos por las partes, sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles. "

3.4.- REQUISITOS GENERALES QUE SEÑALA EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL PARA EL OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

El código de procedimientos civiles para el distrito federal a través de diversas disposiciones legales contenidas

en el, señala ciertos requisitos procesales que deben ser cubiertos por el oferente de la prueba testimonial para un correcto ofrecimiento de la misma y por consiguiente obtener su admisión. éstos requisitos procesales son los siguientes:

3.4.1.- El término legal para su ofrecimiento.

El artículo 290 del código procesal invocado señala que: " El periodo de ofrecimiento de pruebas es de diez días, que empezarán a contarse desde el día siguiente al de la notificación del auto que manda abrir el juicio a prueba."

Por ende, la prueba testimonial debe ser ofrecida dentro del término legal de diez días de lo contrario se desechará.

Por lo que respecta a las controversias de orden familiar, el código de procedimientos civiles ya citado nos señala que el periodo de ofrecimiento de pruebas para la parte demandada es de nueve días en virtud de que al contestar la demanda deberá ofrecer sus pruebas y por lo que respecta al actor este deberá ofrecer las pruebas al momento de comparecer ante el juez o en la demanda si es por escrito tal como lo establece el precepto procesal 943 que dice:

" Podrá acudirse al juez de lo familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes a que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Con las copias respectivas de esa comparecencia y de los documentos que en su caso se presenten se correrá traslado a la parte demandada, la que deberá

comparecer, en la misma forma dentro del término de nueve días. En tales comparecencias las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas."

3.4.2.- Su relación con los puntos controvertidos.

Es otro de los requisitos de procedibilidad que se encuentra señalado en el artículo 291 del código procesal civil que establece: " Las pruebas deben ser ofrecidas relacionándolas con cada uno de los puntos controvertidos. Si no se hace relación de las pruebas ofrecidas, en forma precisa, con los puntos controvertidos, serán desechadas. "

Es decir, el juez no deberá admitir la prueba testimonial cuando esta no esté relacionada con los puntos que ante él se controvierten, porque de lo contrario se recepcionaría un testimonio superfluo que es precisamente aquél que versa sobre hechos que no guardan ninguna vinculación con los puntos que se controvierten, provocando esto un retraso al proceso civil.

Anteriormente, solo se obligaba al oferente de la prueba a relacionarla con los puntos que se controvertían sin establecerse ninguna sanción por el incumplimiento de tal requisito procesal, lo que provocaba que en caso de que alguno de los litigantes ofreciera las pruebas sin cubrir este requisito procesal, el juez tenía la obligación de admitirlas, lo que provocaba un alargamiento indefinido de los procedimientos civiles, ya que se recepcionaban testimonios que nada tenían que ver con la controversia, pero este precepto

legal se reforma el 21 de Enero de 1967, atendiendo al principio de economía procesal con la finalidad de que el proceso se desarrollara con menos tiempo y costo.

Por otra parte, Obregón Heredia Jorge nos señala que: " no basta que se ofrezca una determinada probanza relacionándola con un hecho específico para considerar que se encuentra bien ofrecida, y, en consecuencia se admita, por ejemplo cuando se trata de acreditar la celebración de un matrimonio a través de la prueba pericial es absurdo y por tanto apesar de que esté relacionado este elemento de prueba con el hecho controvertido, deberá desecharse. " (56)

Es decir, no solo basta que el elemento de prueba ofrecido esté correctamente relacionado con los hechos que se controvierten, sino que también es importante que este sea eficaz y que cubra los demás requisitos señalados por el código procesal.

3.4.3.- Señalamiento del nombre y domicilio del testigo.

También es un requisito de procedibilidad que debe ser cubierto por el oferente de la prueba testimonial, mismos que se encuentra regulado por los artículos 291 y 300 del código procesal que dice: " Las pruebas deben ser ofrecidas declarando el nombre y el domicilio de testigos. "

" Cuando las pruebas hubieren de practicarse fuera del

(56) Obregón Heredia Jorge "Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Comentado y Concordado, Jurisprudencia, Tesis y Doctrina". Editorial Obregón, México 1981, Pág. 211.

Distrito Federal o del País, se recibirán a petición de parte dentro de un término de setenta y noventa días respectivamente siempre que se llenen los siguientes requisitos: 2°. Que se indiquen los nombres y residencia de los testigos que hayan de ser examinados, cuando la prueba sea testifical. "

Es decir, el primero de los preceptos legales será aplicable cuando la prueba testimonial haya de recepcionarse dentro del distrito federal. Por lo que respecta a la segunda disposición legal, esta será aplicable cuando la prueba testimonial se recepcione fuera del distrito federal o del país.

Pero lo importante del señalamiento de estos preceptos legales es que ambos denotan que independientemente del lugar donde se recepcione este medio de prueba debe indicarse el nombre y domicilio del testigo, porque de lo contrario se desechará este medio de prueba.

Consideramos importante que este requisito procesal sea cubierto por dos razones fundamentales:

1.- Porque en el caso de no señalarse el nombre de la persona que ha sido ofrecida como testigo, se provocaría una incertidumbre acerca de su identidad, porque esta podría ser sustituida sin aviso al juzgador por otra persona que probablemente no tenga conocimiento de los hechos que se controvierten, o bien, en caso de señalarse el nombre del testigo en forma incorrecta podrá provocar que el colitigante en la audiencia de ley solicite al secretario de acuerdos que

no recepcione este medio de prueba no obstante haber sido admitido, toda vez que hay dubitación acerca de la identidad del testigo que se presenta a declarar por no corresponder el nombre de este con el que fue ofrecido y admitido, apoyando tal solicitud conforme al artículo 392 del código procesal que establece: " los testigos indicados en el auto de admisión de pruebas serán examinados en la audiencia, en presencia de las partes. "

Es decir, el precepto legal antes señalados indica que solo se recibirá el testimonio de aquellas personas que fueron ofrecidas y admitidas. De ahí la importancia que tiene el señalar correctamente el nombre del testigo que se ofrece.

Cabe señalar que para comprobarse la personalidad de los testigos que se presentan ante el tribunal a rendir declaración acerca de los hechos que se controvierten, el juez debiera contar con un precepto legal que estableciera: " En el auto admisorio de pruebas se indicará que todas aquellas personas que comparezcan a la audiencia de ley sea parte o tercero deberán presentar una identificación que acredite su personalidad de poder comparecer a la misma."

2.- La segunda razón por la que consideramos que este requisito procesal debe ser cubierto por el oferente es porque, en caso de no señalarse el domicilio del testigo provocaría que este medio de prueba no se recepcionara sobre todo cuando el oferente manifieste bajo protesta de decir verdad el no poder presentar a sus testigos y que por ende, solicita la citación

de aquellos, por lo que es obvio que en este caso al no señalarse el domicilio del testigo no se podrá preparar la prueba y por ende, nunca se desahogaría, o bien si el domicilio que se proporciona es incorrecto provoca que este elemento de prueba no se pueda preparar por no ser el domicilio del testigo. Por su parte el código procesal en su artículo 357 párrafo segundo sanciona esta conducta al establecer: " En caso de que el señalamiento de domicilio de algún testigo resulte inexacto o de comprobarse que se solicitó su citación con el propósito de retardar el procedimiento, se impondrá al promovente una multa equivalente hasta treinta días de salario mínimo general, vigente en el distrito federal en el momento de imponerse la misma, sin perjuicio de que se denuncie la falsedad en que se hubiere incurrido, debiendo declararse desierta la prueba testimonial."

Estos requisitos se encuentran bajo pena de nulidad conforme lo establece el artículo 74 del código de procedimientos civiles del distrito federal que dice: " Las actuaciones serán nulas cuando les falte alguna de las formalidades esenciales, de manera que quede sin defensa cualquiera de las partes, y cuando la ley expresamente lo determine, pero no podrá ser invocada esa nulidad por la parte que dió lugar a ella. "

Los dos requisitos siguientes no son generales porque pueden surgir uno u otro, dependiendo de la situación en que se encuentra el oferente de la prueba, es decir, no siempre se dan

ambos, o en ocasiones ninguno de los dos para los casos especiales de ofrecimiento de la prueba testimonial.

3.4.4.- La obligación de presentar al testigo.

Este requisito procesal es señalado por el código procesal civil en su artículo 357 párrafo primero que dice: " Las partes tendrán obligación de presentar sus propios testigos para cuyo efecto se les entregarán las cédulas de notificación. "

Es decir, este requisito procesal será cubierto por el oferente cuando manifieste al órgano jurisdiccional poder presentar a sus testigos el día de la audiencia de ley, por ende, si el oferente de la prueba no llegara a presentar sus testigos el día y hora que le fueron señalados para recepcionar el dicho de aquéllos se tendrá por desahogada la misma toda vez que esta quedó preparada desde el momento en que el oferente manifestó poder presentar a sus testigos.

3.4.5.- La citación del testigo bajo apercibimiento de ley.

Este requisito legal se lleva acabo, cuando el oferente de la prueba manifiesta al órgano jurisdiccional bajo protesta de decir verdad que está imposibilitado para poder presentar a sus testigos a la audiencia de ley, por lo que solicita sean citados bajo apercibimiento, tal como lo establece el código de procedimientos civiles en su artículo 357 párrafo primero que dice: " Cuando realmente estuvieren imposibilitados para hacerlo, lo manifestarán así bajo protesta de decir verdad y pedirán que se les cite. El juez ordenará la citación con

apercibimiento de arresto hasta por quince días o multa equivalente hasta quince días de salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, que aplicará al testigo que no comparezca sin causa justificada, o que se niegue a declarar. "

Del citado artículo se desprende que en este caso el juez obligará al testigo por los apercibimientos antes señalados a que comparezca a la audiencia de ley. Si el testigo no se presentara el día y hora señalados para la celebración de tal audiencia, se le aplicarán cualquiera de los apercibimientos que le fueron señalados en la citación, y se volverán a citar nuevamente bajo apercibimiento y en caso de reincidir se hará efectivo el apercibimiento y se dará vista al ministerio público, para que ejercite la acción penal correspondiente y en caso de insistir en no comparecer el juez podrá solicitarle al oferente que substituya a ese testigo por otro que también tenga conocimiento de los hechos, procurando con ello la igualdad de las partes.

En caso de que se compruebe que el oferente de la prueba testimonial solicitó la citación del testigo con el propósito de retardar el procedimiento, se le impondrá una multa de treinta días de salario mínimo general diario vigente en el distrito federal.

3.5.- DE LOS CASOS ESPECIALES DE OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DENTRO DEL PROCESO CIVIL.

En este punto hablaremos de aquellos casos en que la

prueba testimonial requiere de una regulación especial para su ofrecimiento, en razón de que el testigo se encuentra frente a determinadas circunstancias personales que lo hacen diferente a los demás testigos, y por ende su testimonio se ofrece, prepara y desahoga de forma diferente a la que se señala para el ofrecimiento de la prueba testimonial en general.

Tales circunstancias pueden consistir en que el testigo tenga cierta investidura jurídica o política, es decir, que sea presidente de la república, secretario de estado, senador, diputado, magistrado, juez, general con mando o que sea una primera autoridad política del distrito federal, o bien porque el testigo resida fuera de la jurisdicción del juez ante el que se ofrece su testimonio.

Cabe señalar que independientemente de que estos testigos requieran de disposiciones legales especiales que regulen el ofrecimiento de su testimonio, deben cubrir aquellos requisitos generales que señala el código de procedimientos civiles para el ofrecimiento de la prueba testimonial, tales como el que se ofrezca dentro del término legal, que se relacione con los puntos controvertidos y que señale el nombre y domicilio del testigo.

El código procesal antes citado, nos señala como casos especiales de ofrecimiento de la prueba testimonial los siguientes:

3.5.1.- El testimonio por oficio.

Este tipo de testimonio requiere de una regulación procesal especial para su ofrecimiento, toda vez que el testigo rinde su declaración por oficio y no ante la presencia del órgano jurisdiccional. por su alta investidura, diferenciándolo así de los demás testigos a quienes se les recepciona su dicho forzosamente ante el tribunal y cuyo ofrecimiento está regulado por otras reglas, tales como la obligación de presentar al testigo el día de la audiencia de ley o la citación del testigo bajo apercibimiento, para que comparezca y declare el día de la audiencia de ley.

La declaración de esta clase de testigos versará sobre hechos que éstos hayan conocido como particulares, es decir, fuera del ejercicio de sus funciones jurídicas o políticas, por esta razón están obligados a declarar, y en caso contrario se les aplicarán las medidas de apremio que señala el artículo 357 del ordenamiento procesal ya citado.

Este caso especial de ofrecimiento de la prueba testimonial se encuentra previsto en el artículo 359 del código procesal que dice: " Al presidente de la república, a los secretarios de estado, senadores, diputados, magistrados, jueces, generales con mando, a las primeras autoridades políticas del distrito federal, se pedirá su declaración por oficio, y en esta forma rendirán. En casos urgentes podrán rendir su declaración personalmente. "

Consideramos que tal precepto legal, omite señalar respecto del ofrecimiento de este medio de prueba lo siguiente:

1.- Que el oferente indique el cargo que ostenta su testigo.

2.- Que se exhiba el interrogatorio de preguntas con sus copias respectivas para la otra parte.

3.- En que tiempo se deben poner a disposición de la parte contraria las copias de las preguntas que el oferente formuló, para que aquella formule sus repreguntas.

Esta omisión del código de procedimientos civiles del distrito federal la contempla el código federal de procedimientos civiles en su artículo 174 que establece: " las copias respectivas para las demás partes, las cuales serán puestas a su disposición, en el mismo auto en que se mande recibir la prueba, para que, dentro de tres días, presenten, en pliego cerrado, si quisieren, su interrogatorio de repreguntas, pero, si lo presentaren después, no les será admitido. " (57)

Otra de las omisiones que se observan en el código de procedimientos civiles del distrito federal, respecto de este caso especial de ofrecimiento de la prueba testimonial, es sobre la forma en que deberán ser notificados estos testigos, toda vez que dicho código procesal en su artículo 111 señala como formas de notificación las siguientes: " Personalmente, por cédula, por el Boletín Judicial, por edictos, por correo y por telégrafo. "

Es decir, dicho precepto no menciona al oficio como forma

(57) Código Federal de Procedimientos Civiles, Editorial Porrúa, México 1991, Pág. 450.

de notificación, y es tal vez una forma especial de notificación, que se deba nombrar en dicho artículo.

Por otra parte, consideramos más adecuado que las partes cuenten con una disposición legal más completa que regule el ofrecimiento de la prueba testimonial por oficio, y así se cubran las omisiones antes señaladas, para lo cual sugerimos que el artículo 359 se le agregue lo siguiente: " Sin perjuicio de lo establecido en el artículo subsecuente, el promovente deberá ofrecer el testimonio de estos testigos, indicando el cargo que éstos ostentan como autoridad judicial o política, presentar sus interrogatorios con las copias respectivas para la otra parte, quien dentro de los tres días siguientes a aquél en que se manden recibir los testimonios, deberá presentar sus repreguntas.

Debiéndose insertar al oficio correspondiente las preguntas que las partes le formulen al testigo. "

3.5.2.- El testimonio por exhorto.

Este es otro caso especial de ofrecimiento de la prueba testimonial, porque, el juez a quien se le ofrece este elemento probatorio carece de competencia jurisdiccional (por razón de territorio) para recibir el dicho del testigo, es decir, ante él únicamente se ofrece el testimonio y quien lo diligencia es el juez exhortado, por tanto, este caso requiere de una reglamentación especial para su ofrecimiento, misma que se encuentra complementada por el artículo 362 del código de procedimientos civiles del distrito federal que establece: " No

obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando el testigo resida fuera del Distrito Federal, deberá el promovente, al ofrecer la prueba, presentar sus interrogatorios con las copias respectivas para las otras partes, que dentro de tres días podrán, presentar sus interrogatorios de repreguntas"

Cabe señalar que otra de las reglas especiales que regulan a este caso especial de ofrecimiento es el artículo 300 del cuerpo procesal citado, que nos señala los términos en que se deben desahogar los testimonios que se practiquen fuera del distrito federal o del país, indicando que para el primer caso son 70 días y para el segundo caso 90 días. Para la fijación de estos términos el promovente deberá depositar la cantidad que el juez le fije como multa para el caso de que no se rinda la prueba testimonial.

Asimismo, el capítulo denominado " Exhortos y Despachos" forma parte de su reglamentación especial.

La autoridad judicial del distrito federal, también puede fungir como autoridad exhortada al requerirsele que recepcione y desahogue el testimonio de personas que residen en su jurisdicción, en virtud, de que las autoridades exhortantes sean nacionales o extranjeras no tienen competencia por razón de territorio para diligenciar dicho medio de prueba.

En ambos casos los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente en los términos del artículo 360 del código de procedimientos civiles del distrito federal.

Respecto de los exhortos que provienen del extranjero, estarán sujetos a lo dispuesto por el código federal de procedimientos civiles, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones internacionales de que México sea parte.

El código federal de procedimientos civiles, dispone respecto de los exhortos que se reciben del extranjero lo siguiente:

1.- El exhorto debe tramitarse por duplicado para conservar una constancia de lo enviado, recibido y actuado.

2.- Debe acreditarse ante el juez del distrito federal (autoridad exhortada) que los hechos materia del interrogatorio están relacionados con el proceso pendiente, y que medie solicitud de parte o de la autoridad exhortante.

3.- No se exigirán requisitos de forma adicionales a los que señale el país extranjero.

4.- Los exhortos provenientes del extranjero que se tramiten por conductos oficiales requieren legalización.

5.- Si el contenido del exhorto viene en idioma distinto del español, deberá venir acompañado de su traducción.

Respecto de los exhortos que provienen de otros estados de la federación para que sean diligenciados por los tribunales del distrito federal, están regulados por el código de procedimientos civiles del distrito federal, y respecto de los cuales dispone:

1.- Que no es necesaria la legalización de las firmas de los funcionarios que los expidan.

2.- Se proveerán dentro de las veinticuatro horas siguientes a su recepción.

3.- Se diligenciarán dentro de los cinco días siguientes, a no ser que lo que haya de practicarse exija, necesariamente mayor tiempo.

C A P I T U L O I V

" PREPARACION Y DESAHOGO DE LA PRUEBA "
" TESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL "

4.1.- INTRODUCCION.

En este cuarto capítulo estudiaremos a la prueba testimonial dentro de las etapas de preparación y desahogo, en que también se divide la fase probatoria del proceso civil, por lo que respecta a su regulación procesal, para así hacer notar las deficiencias legislativas que a nuestro criterio existen, y respecto de las cuales sugerimos algunas disposiciones legales, mismas que consideramos le servirán al órgano jurisdiccional al momento de recepcionar este medio de prueba.

4.2.- PREPARACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Es la tercera etapa de la fase probatoria del proceso civil, en la cual tanto el órgano jurisdiccional como las partes e inclusive terceros, realizan una serie de actos a través de los cuales, se preparan los medios de prueba ofrecidos por las partes, con la finalidad de que éstos se puedan desahogar el día de la audiencia de ley.

Es decir, sólo se podrán recibir y desahogar en la audiencia de ley, aquellas pruebas que estén preparadas, tal como lo disponen los artículos 299 párrafo segundo y 385 del código de procedimientos civiles que respectivamente dicen: " La audiencia se celebrará con las pruebas que estén preparadas, dejándose a salvo el derecho de que se designe nuevo día y hora para recibir las pendientes. "

" Antes de la celebración de la audiencia, las pruebas deberán prepararse con toda oportunidad para que en ella puedan

recibirse. "

Por lo que respecta a la prueba testimonial su preparación implica lo siguiente:

4.2.1.- Que se fije la fecha de la audiencia de ley.

Este acto es realizado por el juez, al fijar en el auto admisorio de pruebas el día y hora en que se desahogará este elemento probatorio. mismo acto que se encuentra regulado por el artículo 299 párrafo primero del código procesal que dice: " El juez al admitir las pruebas ofrecidas procederá a la recepción y desahogo de ellas en forma oral. La recepción de las pruebas se hará en una audiencia a la que se citará a las partes en el auto de admisión, señalándose al efecto el día y la hora. "

Se dice que al no fijarse en el auto admisorio de pruebas el día y hora en que se debe recibir el testimonio de una persona la prueba no se encuentra preparada, y por ende no se puede desahogar.

4.2.2.- Que se cite al testigo con apercibimiento.

Este acto se preparará cuando el oferente de la prueba manifieste al juez bajo protesta de decir verdad el no poder presentar a sus testigos el día de la audiencia de ley.

Para que este acto se considere preparado, se requiere de la celebración de múltiples actos, mismos que serán realizados tanto por el órgano jurisdiccional como por las partes e

inclusive por terceros.

Del artículo 357 párrafo primero parte segunda del código de procedimientos civiles ya citado, se puede apreciar que al juez le corresponde ordenar la citación con apercibimiento. Para dar cumplimiento a tal mandato legal, el juez cuenta con las siguientes formas de citación:

1.- Notificación Personal.- Se encuentra señalada en el artículo 114 en su fracción V del código procesal, que cita: "Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes:

V.- El requerimiento de un acto a la parte que deba cumplirlo. "

Es decir, por medio de la notificación personal, el juez podrá citar al testigo bajo apercibimiento de ley para que comparezca a declarar a la audiencia de ley, quedando por tanto enterado el testigo de tal requerimiento, así como de los apercibimientos que se le aplicarán en caso de que deje de cumplir tal mandato judicial.

Para tal efecto, en la citación se indicará el lugar, día y hora en que el testigo deberá comparecer a declarar.

2.- Cédula de Notificación.- Es otra de las formas a través de las cuales, el juez puede cumplir con este acto, misma que se empleará cuando el testigo no se encuentre en su domicilio al momento en que se le va a notificar personalmente, por ende, se le notificará a través de sus parientes, empleados

domésticos del interesado o por cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado, al recibir éstos la cédula de notificación. Podrán recibirla siempre que el notificador se haya cerciorado de que ahí es el domicilio del testigo.

Por otra parte, Becerra Bautista nos señala que: "Además del nombre de las partes, de la clase de juicio, del juzgado que manda practicar la diligencia, del nombre y domicilio del testigo, la cédula debe contener el señalamiento del lugar, día y hora en que se debe practicar la diligencia, con el apercibimiento." (58)

3.- Por correo certificado y por telégrafo.- Estas son otras formas que pueden ser empleadas por el juez para citar al testigo bajo el apercibimiento de que en caso de no comparecer o de negarse a declarar se le aplicarán quince días de salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal o arresto hasta por quince días.

Estas formas de citación las contempla el artículo 121 del código procesal que dice: " Cuando se trate de citar testigos o peritos o terceros que no constituyan parte, pueden ser citados también por correo certificado o por telégrafo, en ambos casos a costa del promovente. "

Cuando el testigo es citado bajo apercibimiento de ley, por cualquiera de las formas antes señaladas, tiene la obligación legal de concurrir al juzgado a declarar sobre los

(58) Becerra Bautista José. Op. Cit. Pág. 116.

hechos que le consten el día y hora que le fueron fijados. Se establece como excepción a esta obligación, cuando se trata de enfermos y ancianos de más de setenta años a quienes se les puede recibir su testimonio en sus propios domicilios.

Por lo que respecta a las partes se considera que estas deben procurar que su testigo quede citado bajo apercibimiento para que comparezca el día de la audiencia, pero en la práctica litigiosa se observa que en realidad quien procura que el testigo quede citado es la contraparte, en virtud de que como el código de procedimientos civiles no señala ningún presupuesto legal que obligue al oferente de este elemento probatorio a que cite inmediatamente a su testigo, éste generalmente procurará que no quede citado, para que el día de su recepción no se encuentre preparado y por ende, no se pueda desahogar. Por lo que se puede observar que con ello se provoca que el juicio se alargue en beneficio del oferente.

Respecto de los terceros estos también preparan este acto al elaborar las cédulas o bien al realizar la diligencia de notificación.

Cabe señalar, que la cédula de notificación, también se emplea para citar a los testigos que no estén apercibidos a que comparezcan a declarar el día de la audiencia de ley, para tal efecto, se les entregarán las cédulas de notificación a las partes que los hayan ofrecido, para que éstos citen a sus testigos, conforme lo establece el artículo 120 del código procesal que dice: " Cuando se trate de citar a peritos y

testigos, la citación se hará por conducto de la parte que la haya solicitado

4.2.3.- Que se integre y envíe el exhorto.

Este acto es realizado tanto por el órgano jurisdiccional, como por las partes y terceros, mismo acto que se preparará cuando se deba recibir el testimonio de personas que residen fuera del lugar del juicio, bien en el extranjero o fuera del distrito federal pero dentro de la república mexicana, con la finalidad de que se pueda desahogar este medio de prueba y así surta efectos en el juicio.

La facultad que tiene el juez de poder exhortar a otra autoridad del país para que diligencie este medio probatorio por radicar el testigo en su jurisdicción, se establece en términos del artículo 105 del código procesal que dice: " Las diligencias que deban practicarse fuera del Distrito Federal deberán encomendarse precisamente al tribunal del lugar en que han de realizarse. "

Para lo cual el exhorto deberá integrarse de la siguiente manera: Con copia del escrito de ofrecimiento de pruebas, copia del auto que admite dicho medio probatorio y por el que se ordena se integre y envíe el exhorto a la autoridad del lugar en donde el testigo reside, asimismo, se le anexarán las preguntas y repreguntas que las partes hayan formulado en sobre cerrado.

Este exhorto podrá ser enviado a la autoridad exhortada a

través del tribunal, o bien pueden los tribunales acordar que los exhortos que se expidan, se entreguen para hacerlos llegar a su destino a la parte interesada que solicitó la práctica de tal diligencia, quien tendrá la obligación de devolverlos con lo que practicó, si por su conducto se hiciera la devolución, si no quien lo devolverá será el propio tribunal.

Respecto de los exhortos que se remiten al extranjero el código de procedimientos civiles en su artículo 108 establece que: " Se sujetarán a lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Civiles, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones internacionales de que Mexico sea parte. "

El código federal de procedimientos civiles, considera que los exhortos que se envían al extranjero son comunicaciones oficiales, escritos que deben contener: Las preguntas y repreguntas en sobre cerrado que las partes le formulen al testigo, y todos aquellos datos informativos que son necesarios para que se practique la diligencia de desahogo, tales como el nombre y domicilio del testigo, el auto que admitió su testimonio y el que indicó se librara exhorto al extranjero.

Estos exhortos que se remiten al extranjero deben tramitarse por duplicado, con la finalidad de que el juez exhortante conserve un ejemplar como constancia de su envío, recepción y actuación. La única legalización que requiere este tipo de exhorto es aquella que exijan las leyes del país en donde se deba diligenciar dicho medio de prueba.

Estos exhortos podrán ser transmitidos directamente al órgano requerido por las propias partes interesadas o por vía judicial, o indirectamente por los miembros del servicio exterior mexicano (cónsules), quienes solicitarán a las autoridades extranjeras competentes su cooperación en la práctica de la diligencia de desahogo.

Es decir, esquemáticamente el exhorto se envía de la siguiente manera:

FUERA DEL DISTRITO FEDERAL.- Se hará llegar directamente a la autoridad correspondiente a través del tribunal exhortante o del particular. (art. 109 C.P.C)

EXHORTO
(Para testigos que residan fuera de la jurisdicción del juez exhortante)

FUERA DEL PAIS.- Se hará llegar directamente a la autoridad extranjera competente, a través de las propias partes interesadas o por vía judicial (art. 551 C.F.P.C.)

Se hará llegar indirectamente a la autoridad extranjera competente, a través de los miembros del servicio exterior mexicano (cónsul), (art. 548 C.F.P.C)

4.2.4.- Que se elabore y envíe al oficio.

Este acto se realizará cuando se deba recibir el testimonio de una persona que por ostentar una jerarquía jurídica o política, la facultada a rendir su declaración por oficio y no ante el órgano jurisdiccional, mismo acto que será realizado tanto por el órgano jurisdiccional, como por las partes y terceros.

Dicho oficio se integra: Con el nombre de la autoridad a quien va dirigido, asimismo en dicho oficio se le hará saber

que se solicita su testimonio por este medio acerca de los hechos que le constan como particular, el nombre de las partes y el número de dicho oficio, a este se le anexarán las preguntas y repreguntas que las partes le hayan formulado y que han sido calificadas de legales.

Cuando se solicite el testimonio como particular de una persona que está investida de autoridad jurídica o política y que reside en el distrito federal, se le enviará el oficio correspondiente con sus anexos a través de la parte que solicitó su testimonio, para que posteriormente lo devuelva contestado.

Cuando se requiera el testimonio como particular de una autoridad jurídica o política, que resida fuera del distrito federal o en el extranjero, se le enviará el oficio correspondiente y sus anexos respectivos por correo dirigido al testigo, quien deberá devolverlo contestando tales interrogatorios.

Es decir, esquemáticamente el oficio se envía de la siguiente manera:

DENTRO DEL DISTRITO FEDERAL.- Se hará llegar a la persona (autoridad) de quien se solicita su testimonio por la parte que la ofreció como tal.

OFICIO
(Para autoridades de quien se solicita su declaración como particular)

FUERA DEL DISTRITO FEDERAL.- Se hará llegar a la persona (autoridad) de quien se solicitó su testimonio, por correo.

FUERA DEL PAIS.- Se hará llegar a la persona (autoridad) de quien se solicita su testimonio por correo.

4.3.- DESAHOGO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

El desahogo de los medios de prueba, es la cuarta y última etapa de la fase probatoria del proceso civil, en la que el tribunal recibe y desahoga la prueba testimonial, misma que prevé una serie de obligaciones que son realizadas tanto por el juez como por las partes y los testigos, antes, durante y después de desahogada la prueba testimonial.

Tales obligaciones consisten en:

4.3.1.- Comparecer el día y hora señalados ante el tribunal para rendir testimonio.

Esta obligación será cubierta por la persona que fue ofrecida como testigo, al presentarse ante el tribunal el día y hora que le fueron fijados en la cédula de notificación a declarar acerca de los hechos que le constan. Cabe señalar que pueden estar exentos de cumplir con esta obligación procesal, las personas mayores de setenta años y las que estén enfermas, a quienes se les puede recibir su testimonio en su domicilio, si a criterio del juez esto fuera procedente.

A la audiencia de ley en la que se desahogará la prueba testimonial deben concurrir el juez, las partes y el testigo. Sin embargo la ausencia de cualquiera de ellos no impide que se recepcione y desahogue este medio de prueba si ya ha sido preparado, tal como lo establece el artículo 387 del código procesal que dispone: " Constituido el tribunal en audiencia pública el día y hora señalados al efecto, serán llamados por

el secretario, los litigantes, peritos, testigos y demás personas que por disposición de la ley deban de intervenir en el juicio y se determinará quiénes deben de permanecer en el salón , y quiénes en lugar separado, para ser introducidos en su oportunidad.

La audiencia se celebrará concurran o no las partes y estén o no presentes los testigos y peritos y los abogados. "

En el caso de que el testigo fuera el que no comparezca a declarar, se le aplicará cualquiera de los apercibimientos que señala el artículo 357 del código procesal civil, y se le citará nuevamente bajo apercibimiento, en caso de reincidir, se aplicará lo dispuesto por el artículo 73 fracción I y párrafo sexto del mismo ordenamiento legal, dándosele vista al ministerio público para que ejercite la acción penal por el delito de desobediencia y resistencia de particulares consignado en los artículos 178, 179 y 183 del código penal para el distrito federal. Y en caso de continuar la reincidencia no obstante lo anterior, el juez con fundamento en el párrafo segundo del artículo 288 del cuerpo procesal civil, resolverá decretando que el oferente sustituya al testigo negligente por otro, para evitar dejarlo en estado de indefensión.

Si el testigo comparece al tribunal el día y hora que le fueron señalados en la cédula de notificación, pero se niega a declarar, se le aplicarán cualquiera de las medidas de apremio que señala el artículo 357 del código procesal civil, y en caso

de que el testigo insista en no querer declarar, se le aplicarán los apercibimientos con que cuenta el juez, para hacer que el testigo cumpla con la obligación de declarar, mismos que son los que señala el artículo 73 en su fracción I, párrafo sexto del mismo ordenamiento legal, y si insistiera a pesar de que le han sido aplicados los apremios antes señalados, se dará parte a la autoridad penal que es competente para que ejercite la acción penal correspondiente, mismo delito que lo contemplan los artículos 178 y 183 del código penal, mismos que establecen respectivamente: " Al que sin causa legítima, rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de autoridad, se le aplicarán de quince días a un año de prisión y multa de 30 a 180 días de multa." " Cuando la ley autorice el empleo del apremio para hacer efectivas las determinaciones de la autoridad, sólo se consumará el delito de desobediencia cuando se hubieren agotado los medios de apremio. " (59)

Al respecto, Pérez Palma Rafael nos dice: " Si apesar del medio de apremio empleado el testigo insistiere en su negativa para otorgar la protesta de producirse con verdad o en no declarar, habrán de ser tomadas en consideración las disposiciones del código penal. " (60)

Para el caso de que el testigo comparezca a la audiencia el día y hora señalados. pero no se desahogue su testimonio quedará citado bajo apercibimiento de que comparezca a declarar

(59) Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Andrade México 1971, Págs. 46 y 47.

(60) Pérez Palma Rafael. Op. Cit. Pág. 469.

posteriormente.

Cuando el testigo que comparece a declarar no sabe el idioma, rendirá su declaración por medio de intérprete, que será nombrado por el juez. Si el testigo lo pidiera, además de asentarse su declaración en castellano, podrá escribirse en su propio idioma por él o por el intérprete. Por lo que respecta a su declaración, esta se rendirá conforme lo establece el código procesal civil en su artículo 360.

Cuando se trate de un testigo que es ciego debe comparecer acompañado de otra persona, para que este sea el que firme la declaración del testigo.

Para el caso de que el testigo comparezca a la audiencia de ley, el día y hora señalados y el abogado de la parte que ofreció su testimonio no, no impide que el juez recepcione y desahogue este medio de prueba, haciéndole las preguntas que considera necesarias para conocer la verdad de los hechos que las partes le han manifestado y que se controvierten, debiendo además suplir la deficiencia de la parte que no se encuentra asesorada y procurar la mayor equidad posible, por lo que respecta a la parte que ofreció su testimonio, ésta podrá hacerle a su testigo las preguntas que considere pertinentes para acreditar los hechos que manifestó al juez en su demanda, contestación, reconvencción o contestación a la reconvencción, según sea el caso, facultad que se le confiere en términos del artículo 361 del código de procedimientos civiles.

El juez deberá hacer del conocimiento de la defensoría de oficio esta situación, para que provea la atención de dicha parte en los trámites subsecuentes del juicio.

Por otra parte, sino se presentaren a la audiencia de desahogo de pruebas, ni la parte que ofreció este medio de prueba, ni su abogado, pero sí el testigo, el juez podrá interrogarlo acerca de los hechos que le constan, si así lo considera prudentes, facultad que se le confiere en términos del artículo 366 del código procesal que cita: " El tribunal tendrá la más amplia facultad para hacer a los testigos y a las partes, las preguntas que estime conducentes a la investigación de la verdad respecto a los puntos controvertidos. "

Cabe señalar, que aunque el juez no le formule interrogatorio al testigo, se tendrá por recepcionada y desahogada la prueba testimonial, toda vez que este se encontraba correctamente preparada.

En el caso de que la parte contraria a la oferente no compareciera, perderá su derecho para repreguntar al testigo.

Respecto del desistimiento de la prueba testimonial, consideramos que este procede siempre que no se haya desahogado este medio de prueba, es decir, aún cuando al testigo se le hayan tomado sus generales, si el oferente de la prueba considera que con el dicho de uno de los testigos que ofreció y declaró, o bien que con otras pruebas que ofreció y fueron desahogadas, quedan probados los hechos que manifestó al órgano jurisdiccional, desistiéndose por tanto en su perjuicio de la

prueba testimonial en general, o solo del testimonio de uno de sus testigos.

Este criterio, lo apoyamos conforme a lo que establece el diccionario jurídico mexicano que dice: " 1) es frecuente, el desistimiento de determinados actos procesales, en los casos en que una de las partes con el propósito de agilizar el procedimiento, renuncia a una actuación para permitir la continuación del juicio, o evitar la presentación de incidentes que lo prolonguen. Esta situación se presenta cuando alguna de las partes desiste el desahogo de una prueba y ajusta el resultado del proceso al contenido de las demás que hayan sido ofrecidas y desahogadas. " (61)

4.3.2.- Presentar identificación.

El cumplimiento de esta obligación debe ser cubierta por el testigo, puesto que con la presentación de su identificación al órgano jurisdiccional, se comprobará la personalidad de este cuyo testimonio fue admitido en el auto respectivo, es decir, sólo se admitirá el testimonio de aquellas personas que fueron ofrecidas y admitidas, como lo establece el código procesal en su artículo 392 que dice : "los testigos indicados en el auto de admisión de pruebas serán examinados en la audiencia, en presencia de las partes. "

Por ende, con la identificación se comprueba si el testigo que comparece a declarar es el mismo que se ofreció y de quien

(61) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit. Pág. 1102.

se debe recibir el testimonio, aunque cabe señalar que el juez no cuenta con una disposición legal que sustente tal obligación, por lo que generalmente actúe conforme a su criterio, para evitar esto, sugerimos la creación de una disposición legal, misma que consideramos debe decir: " En el auto admisorio de pruebas, se indicará que todas aquellas personas que comparezcan a la audiencia de ley sea parte o tercero, deberán presentar una identificación que acredite su personalidad para poder comparecer a la misma. "

El criterio que el juzgador emplea cuando el testigo no presente su identificación o presentándola su nombre o apellidos no coincidan con los aportados tanto en el escrito de ofrecimiento de pruebas como en el auto admisorio de las mismas, es el de admitir el testimonio de estos testigos y de requerirlos, para que dentro del término de tres días siguientes a la celebración de la audiencia, exhiba un documento (credencial), que acredite que se trata de la misma persona, pero que por una mala expedición de ese documento o por olvido de este, no pudo acreditar el día de la audiencia su personalidad, en caso de no hacerlo dentro del plazo requerido se nulifica el dicho de este testigo.

Por todo lo anterior, cabe señalar que es importante que se establezca un precepto legal que consigne tal obligación, para que quede consignada como una formalidad esencial del procedimiento, misma que si se dejare de cumplir, se aplicará lo estipulado por el artículo 74 del código procesal civil, que

dice: " Las actuaciones serán nulas cuando les falte alguna de las formalidades esenciales. "

Pero cabe señalar, que aunque no existe un precepto legal que consigne tal obligación como una formalidad esencial del procedimiento, el juez la declara nula en caso de incumplir su requerimiento.

Si el testigo que se presenta a declarar no es el que se ofreció, debe declararse nula su actuación, independientemente de que se pueda pedir al ministerio público su intervención para que ejerza en contra del testigo sustituto la acción penal por el delito de variación del nombre, tipificado en el código penal en su artículo 249 fracción I que dice: " Se castigará con prisión de tres días a seis meses y multa de dos a cincuenta pesos: I.- Al que oculte su nombre o apellido y tome otro imaginario o el de otra persona, al declarar ante la autoridad jurisdiccional. "

Dicha identificación deberá contener:

- 1.- El nombre correcto del testigo;
- 2.- El domicilio del testigo;
- 3.- Fotografía del testigo;
- 4.- Firma del testigo o huella digital sino sabe firmar.
- 5.- Fecha de expedición;
- 6.- Nombre, firma y sello de la autoridad que expide esta identificación.

4.3.3.- Protesta de decir verdad y advertencia al testigo de las penas en que se incurre, si declara falsamente.

Estas obligaciones se encuentran previstas por el artículo 363 del código procesal civil que dice: " tomarle al testigo la protesta de conducirse con verdad y de advertirle de las penas en que incurren los testigos falsos. "

Por lo que respecta a la protesta de decir verdad, esta consistirá en que el testigo manifieste a la autoridad judicial, que declarará conforme a la verdad, con el objeto de probar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos.

Esta protesta debe hacerse en presencia de las partes que hayan concurrido a la audiencia de ley, se dice que el testigo al otorgar esta protesta se verá obligado a declarar, pero en realidad esto solo es letra muerta, porque el testigo no obstante haber protestado, puede conducirse declarando falsamente.

No obstante lo anterior se establece que en caso de que el testigo se niegue a otorgar la protesta de ley, se le aplicarán las medidas de apremio que marca el artículo 73 del código ya invocado, y en caso de que insistiere en no otorgar la protesta de ley, se le dará parte a la autoridad penal, para que sancione tal negligencia (arts. 182 y 183 del Cod. Penal)

Cabe señalar que aunque el código procesal civil establece que primero se debe tomar la protesta de ley y después los generales del testigo, en la práctica litigiosa sucede lo contrario.

Junto a esta obligación el tribunal deberá hacer del

conocimiento del testigo, as penas que se le impondrán en caso de que declare falsamente. misma que se encuentran consignadas en términos del artículo 247 fracción II del código penal que dispone: " Se impondrán de dos meses a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos: II.- Al que examinado por la autoridad judicial como testigo faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar, ya sea afirmando, negando u ocultando maliciosamente la existencia de alguna circunstancia que pueda servir de prueba de la verdad o falsedad del hecho principal o que aumente o disminuya su gravedad. "

De todo lo anterior, consideramos que si se le diera mayor importancia a esta última obligación, probablemente el testigo declararía conforme a la verdad, porque de lo contrario se atendería a que se le impusiera la sanción antes citada.

Para darle mayor importancia a esta obligación, los litigantes deben hacer la denuncia correspondiente al ministerio público, independientemente de que se solicite la condena en costas por haberse presentado un testigo falso (artículo 140 del c.p.c.)

4.3.4.- Toma de generales del testigo y la manifestación de su relación que guarda con las partes.

Estas obligaciones se encuentran consignadas en el artículo 363 del código procesal civil ya citado.

Por lo que respecta a los generales de los testigos, estos son datos personales de éstos, mismos que deben ser

proporcionados al juez antes de ser examinados, para que con ellos se corrobore la identidad del testigo que fue ofrecido y admitido, con la del testigo que ahora comparece a declarar, al relacionarlos con los generales que se encuentran consignados en el documento que acredite su personalidad.

Los generales del testigo se refieren a su :

- 1.- Nombre.
- 2.- Edad.
- 3.- Estado civil.
- 4.- Domicilio.
- 5.- Ocupación.
- 6.- Lugar de nacimiento.

Respecto de la obligación del testigo de manifestar al órgano jurisdiccional, antes de ser interrogado, que relación guarda con las partes, se hace con la finalidad de poder determinar si concurren en su declaración circunstancias que le resten eficacia probatoria, mismas que el juzgador tomará en consideración al momento de valorar este medio de prueba.

El tipo de relaciones que pueden afectar la credibilidad del dicho de un testigo son las de:

- 1.- Parentesco por afinidad o consanguinidad.
- 2.- Dependencia laboral.
- 3.- Interés económico.
- 4.- Amistad o enemistad.
- 5.- Interés directo o indirecto en el pleito.

Estas circunstancias se harán valer en el incidente de

tachas siempre que no hayan sido expresadas en sus declaraciones

4.3.5.- Interrogatorio del testigo.

Para cumplir con esta obligación, se deben cubrir una serie de actos, mismos que serán realizados tanto por el juez, como por las partes y los testigos.

El juez y las partes están facultados en términos del artículo 392 párrafo primero del código procesal civil, para interrogar al testigo, mismo precepto legal que establece: " El juez puede de oficio interrogar ampliamente a los testigos sobre los hechos objeto de esta prueba, para el mejor esclarecimiento de la verdad. Las partes también pueden interrogar a los testigos, limitándose a los hechos o puntos controvertidos."

Por lo que respecta al orden que debe seguirse para interrogar al testigo, el artículo 361 del código procesal civil establece que primero: " Interrogará el promovente de la prueba y a continuación los demás litigantes. "

Conforme al artículo 364 del código de procedimientos civiles, los testigos serán examinados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros, esto se hace con la finalidad de que el testimonio de éstos sea eficaz, para tal efecto el juez designará el lugar en que los testigos que no están declarando deban permanecer hasta que se hayan recibido los demás

testimonios. También señala dicho precepto que se debe fijar un solo día, para que se presenten los testigos que deben declarar, a excepción de los testigos que por razones de salud, de edad o de investidura jurídica o política no se presentan al juzgado a declarar.

En caso de que no fuera posible terminar el examen de los testigos en un solo día, la diligencia se suspenderá para continuarla al día siguiente. Siempre que se trate de diferentes hechos a los ya declarados y en caso contrario deberá continuarse la audiencia, toda vez que la prueba testimonial es indivisible.

El juez tiene la obligación de presidir en forma personal el desahogo de la prueba testimonial, para que se percate directamente de la conducta que el testigo adopta al contestar las preguntas que se le formulan, en virtud de que este será quien valore dicho medio de prueba, misma obligación que se encuentra consignada en el artículo 60 del código procesal civil que dice: " Los jueces y magistrados a quienes corresponda recibirán por si mismos las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba bajo su más estricta y personal responsabilidad. "

Se deduce esta obligación de los artículos 360, 366 y 369 del citado cuerpo procesal.

El artículo 288 fracción XI de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal.

considera como falta por parte del juez, el incumplimiento de esta obligación.

No obstante lo dispuesto por la ley, en la práctica litigiosa observamos que tal falta comúnmente se comete, porque quien generalmente prescinde el desahogo de la prueba testimonial es el secretario de acuerdos y no el juez.

El código procesal civil, nos señala que las preguntas que se formulen al testigo, deben contener las siguientes condiciones:

- 1.- Que se formulen verbal y directamente por las partes
- 2.- Que se tenga relación directa con los puntos controvertidos.
- 3.- Que no sean contrarias a la moral o al derecho.
- 4.- Que estén concebidas en términos claros y precisos.
- 5.- Procurar que en una sola no se comprenda más de un hecho.
- 6.- Que no sean ociosas e impertinentes.

El punto número uno en la práctica litigiosa no se cumple por lo que respecta a que se formulen directamente las preguntas por las partes, pues es frecuente tropezar con funcionarios que obligan al que interroga a que primero se le formulen las preguntas a él y después éste se las formula al testigo, y por lo general en este lapso se cambia en forma arbitraria el texto y el sentido de las preguntas.

Por nuestra parte, consideramos que a estos requisitos señalados por el código de procedimientos civiles, se les deben

agregar los siguientes requisitos:

1.- Que se formulen en forma inquisitiva o afirmativa.

Ejemplo: Que diga el testigo si el de cujus procreó algún otro hijo fuera del matrimonio.

2.- Que no se lleve implícita la respuesta.

Cabe señalar que el código de procedimientos civiles no regula en forma expresa a las repreguntas, porque únicamente de los artículos 361 y 362 del código procesal civil se desprende que la parte contraria a la oferente también puede preguntarle al testigo ofrecido después de que el oferente de la prueba termine su interrogatorio, pero no se señala en forma expresa que estas han de ser formuladas en relación a las cuestionadas por el oferente, ni que se deben formular en la misma audiencia.

Estas repreguntas deberán contener los mismos requisitos que señala el código procesal y los que hemos propuesto, además de que estas se formulen en relación directa a las formuladas por el oferente.

La finalidad de las repreguntas es que el testigo entre en contradicción con lo que ya declaró si lo hizo faltando a la verdad.

Los artículos 368 y 392 párrafo segundo del código procesal civil, respectivamente establecen: " Las respuestas del testigo se harán constar en autos en forma que al mismo tiempo se comprenda el sentido o términos de la pregunta

formulada. Salvo en casos excepcionales, a juicio del juez, en que permitirá que se escriba textualmente la pregunta y a continuación la respuesta."

" No deben asentarse en el acta literalmente preguntas ni respuestas, y sólo en caso en que excepcionalmente el juez estime prudente hacerlas constar, se asentarán las contestaciones implicando la pregunta. "

En los casos de excepción se refieren particularmente, a aquellos en que el juez niegue o deseche la pregunta formulada, pues de no asentarse esta, el trámite del recurso y especialmente la integración del testimonio de la apelación resultan imposibles, volviendo nugatorio el derecho del apelante.

Conforme al artículo 360 del código procesal civil, se establece que la apelación en el efecto devolutivo procede contra la desestimación de las preguntas, aunque diremos que dicho precepto legal omite señalar que al desechar estas preguntas deben señalarse también las razones por las que se desechó dicho medio de prueba, para que así el oferente integre el testimonio de apelación,

El juez desechará aquellas preguntas que no cumplan con los requisitos que la ley les establece:

Respecto a las partes, estas se pueden oponer a aquellas preguntas que no cumplan con los requisitos legales y también pueden llamar la atención del juez para que este si lo estima

conveniente, exija al testigo las aclaraciones oportunas, cuando deje de contestar algún punto, o haya incurrido en contradicción o se haya expresado con ambigüedad.

Cabe señalar que el código procesal civil, no regula nada respecto de las costas que deben de pagarse al testigo por los daños y perjuicios que se les ocasione al presentarse a declarar, por lo que consideramos que debería de establecerse un artículo que hable al respecto, mismo que consideramos debe decir: " Los gastos que hicieren los testigos y los perjuicios que sufran por presentarse a declarar, serán satisfechos por la parte que ofreció su testimonio, o por ambas partes si el tribunal procedió de oficio. La indemnización, en caso de reclamación, se determinará por el procedimiento incidental. "

4.3.6.- Razón de su dicho del testigo.

Esta obligación la contempla el artículo 369 del citado código procesal que establece: " Los testigos están obligados a dar la razón de su dicho y el juez deberá exigirla en todo caso. "

Esto significa que el testigo debe exponer las causas por las que tiene conocimiento sobre los hechos que declara, es decir, si los presencié personalmente, si se los contaron, etc. Por eso se dice que con la razón que el testigo da sobre su dicho, ayuda al juzgador a calificar la idoneidad de aquél y le proporciona elementos para la mejor apreciación de la prueba.

Existen dos sistemas por los que se obliga al testigo a dar cumplimiento con esta obligación procesal, los cuales consisten:

1.- El primero consiste en que el testigo debe dar la razón de su dicho al término del interrogatorio.

La aplicación de este sistema, provoca que el testigo se desconcierte ante la imposibilidad de comprender en una sola respuesta la razón del conocimiento de hechos y de circunstancias tan variadas como las que pudieren ser motivo del interrogatorio.

2.- El segundo sistema consiste en que se pedirá al testigo que de la razón de su dicho al término de cada pregunta.

Este sistema indudablemente facilita la labor del testigo y la de quien pregunta. El juez estará en mejores condiciones de apreciar la veracidad con que el testigo se produzca.

Nuestro código procesal civil, no establece que sistema debe utilizarse para que el testigo de la razón de su dicho, por lo que el sistema a seguir, depende de la voluntad del juez, y por lo general en la práctica siempre se inclina por el primer sistema.

Pallares afirma que : " Cuando falta la razón del dicho, la prueba es del todo ineficaz. " (62)

(62) Supra: "Derecho Procesal Civil" Pág. 431

4.3.7.- Firma del testigo.

Esta obligación la consignan los artículos 370 y 397 párrafo segundo del código procesal civil que respectivamente establecen: " La declaración una vez firmada no puede variarse ni en la sustancia ni en la redacción. "

" Los peritos y testigos pueden retirarse de la audiencia después de desempeñar su cometido, firmando al margen del acta en la parte correspondientes a ellos. "

Al firmar el testigo el acta en que consta su declaración, indica con ello que está de acuerdo con su contenido.

Por lo que respecta a la retractación dentro del sistema de este código ha sido suprimido, y de producirse carece de eficacia y de trascendencia legal este medio de prueba. Lo único que el testigo tiene derecho en relación a esta figura es hacer las observaciones que crea convenientes, para el efecto de que se corrija o enmiende el texto del acta antes de firmarla, porque una vez firmada no puede variar ni en la sustancia ni en la redacción.

Por otra parte, propongo que al artículo 370 se le agregue : " en caso de tratarse de un testigo ciego, o que sea ciego-sordomudo, debe tomársele su declaración en presencia de la persona que lo acompañe quien deberá firmar por aquél.

Para los casos en que proceda la huella digital tendrá los mismos efectos que la firma. "

4.4.- DESAHOGO DE LOS CASOS ESPECIALES DE OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Como quedó señalado en el capítulo anterior, estas dos formas especiales son:

4.4.1.- El exhorto.

Cuyo desahogo se realiza ante la autoridad exhortada y no ante la autoridad a la que se le ofreció este medio de prueba en virtud de que el testigo no se encuentra dentro de su jurisdicción. Es decir, el testigo deberá comparecer y declarar ante el juez exhortado con arreglo a los pliegos de preguntas y repreguntas que apruebe el juez de los autos y que el juez exhortado no puede volver a calificar.

Por lo que respecta al interrogatorio este debe revestir todos aquellos requisitos legales que señala el código procesal civil y lo que hemos propuesto, lo único que los diferencia es que en el exhorto el interrogatorio es por escrito debido a la naturaleza de su desahogo.

Su forma de desahogo la prevé el artículo 362 del código procesal civil ya citado. cabe señalar que en este precepto legal no se señala en que momento o mediante que procedimiento hará el juez la calificación de los pliegos de preguntas que las partes le formulen al testigo, esto debe establecerse para que las partes estén en aptitud de poder recurrir conforme a la ley dicha calificación. Consideramos que para cubrirse tal omisión a dicho precepto legal debiera agregársele lo siguiente: " La calificación de las preguntas

y repreguntas se harán en una diligencia especial, misma que debe constar en autos para que las partes tengan conocimiento de ello, y previa su calificación se insertarán en las constancias del exhorto.

Cuando la autoridad del distrito federal funge como autoridad exhortada, deben acreditarse ante ella los hechos materia del interrogatorio que están relacionados con el proceso pendiente y debe mediar solicitud de parte o de la autoridad exhortada. Su desahogo se encuentra regulado en los artículos 104 y 362 bis del código de procedimientos civiles del distrito federal que respectivamente dicen: " Los exhortos que reciban las autoridades judiciales del Distrito Federal, se proveerán dentro de las veinticuatro horas siguientes a su recepción, y se diligenciarán dentro de los cinco días siguientes, a no ser que lo que haya de practicarse exija, necesariamente, mayor tiempo. "

" Cuando se solicitara el desahogo de la prueba testimonial para surtir efecto en un proceso extranjero, los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente en los términos del artículo 360 de este código. "

Cabe señalar que dichos artículos omiten hacer alusión a los exhortos que recibe la autoridad del distrito federal para surtir efectos en otras entidades del país, pero consideramos que para solucionar tal omisión, dicho precepto legal debiera decir: " Cuando se solicite el desahogo de la prueba testimonial para surtir efectos en un proceso extranjero

o en un proceso de otras entidades del país... "

Para ambos casos, las preguntas que formulen las partes al testigo no deben cubrir forzosamente todas las disposiciones que señala el código procesal civil y las que proponemos, en virtud, de que el tribunal del distrito federal no exige más formalidades que las fijadas por las autoridades exhortantes. Salvo el único requisito que forzosamente deben de cumplirse independientemente de que la autoridad exhortante no lo fije es que el interrogatorio debe estar acompañado por su traducción en el caso de que las interrogantes vengan en distinto idioma al castellano.

4.4.2.- El oficio.

Cuyo desahogo no se realiza ante el órgano jurisdiccional, y solo se realizará ante éste en forma personal en los casos que el juez estime urgentes.

Su desahogo se hará por escrito, en virtud de que se le enviará al testigo un oficio en el que se le hará saber que se le requiere para que rinda testimonio por ese conducto.

Por lo que respecta a las preguntas y repreguntas estas se formularán por escrito, su calificación debe ser hecha de la misma forma que he propuesto para el exhorto, además deberán cubrir los requisitos que señala el código de procedimientos civiles del distrito federal y los que hemos propuesto.

El artículo 359 preveé este tipo de testimonios pero no

señala su forma de desahogo, ni el plazo que se le concede al testigo para que devuelva contestado el oficio a fin de evitar que se le apliquen las medidas correspondientes en caso de incumplimiento. y tampoco prevé sobre la forma en que se deben calificar las preguntas y repreguntas y por último señalaremos que este precepto legal tampoco prevé como debe desahogarse este tipo de testimonio en casos urgentes.

Para subsanar tales omisiones por lo que respecta a su desahogo debe establecerse en dicho artículo lo siguiente: " El testigo tendrá la obligación de devolver contestando dicho oficio en un plazo de tres días que empezaran a correr a partir del día siguiente a aquél en que se hubiere recibido el oficio a fin de evitar que se le apliquen los apremios correspondientes en caso de incumplimiento.

Por lo que respecta a la calificación de las preguntas y repreguntas se hará en una diligencia especial, misma que debe constar en autos para que las partes tengan conocimiento de ello, y posteriormente se insertarán en el oficio.

Por lo que respecta a los casos urgentes, el testigo no tiene la obligación de devolver contestado el oficio correspondiente, toda vez que el juez le interrogó en forma personal y en presencia de las partes. "

C A P I T U L O V

" VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL "
"EN EL PROCESO CIVIL"

5.1.- INTRODUCCION.

En este capítulo señalaremos cuestiones doctrinarias relativas a la valoración de las pruebas en general, además estableceremos el sistema de valoración que emplea nuestro derecho procesal civil para este medio de prueba y qué criterio sustenta al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

5.2.- CONCEPTO DE VALOR PROBATORIO.

Podemos definirlo, como el acto procesal que realiza el juzgador con el objeto de analizar en conjunto, cada uno de los medios practicados en el proceso, para así obtener un resultado en cuanto a los hechos controvertidos.

Dicho de otra manera, podemos decir que se trata de la operación a través de la cual, el juez le asigna un valor a cada uno de los medios de prueba aportados por las partes en un proceso y esta operación la exterioriza el juez en la sentencia, resultando con esto que la valoración probatoria presenta la mayor dificultad del problema a realizar por el juzgador.

Por su parte, Alsina Hugo establece: " El juez aprecia la prueba en la sentencia definitiva, porque es recién entonces cuando puede darse cuenta exacta, por la consideración en conjunto de las diligencias acumuladas de su pertinencia y eficacia en relación a los hechos alegados."

(63)

Por su parte, Ovalle Favela José nos dice: " La apreciación o valoración de las pruebas es la operación que realiza el juzgador con el objeto de determinar la fuerza probatoria de cada uno de los medios practicados en el proceso. Se trata de la operación por la cual el juez decide el valor de cada uno de los medios de prueba desahogados. Esta operación la exterioriza el juez en la sentencia, en la parte denominada "considerandos." (64)

Al respecto la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido en su tesis número 243 que: " El examen de las pruebas debe ser hecho por el juzgador." (65)

Estimamos, por tanto, que la valoración de las pruebas exige que el juez analice cada uno de los medios de prueba practicados y determine el valor que les confiere, así como los motivos en que se base para ello, este último punto no se aplicará cuando se trate de aquellas pruebas que hayan sido valoradas por los jurados populares

5.3.- SISTEMAS DE APRECIACION PROBATORIA.

Actualmente, el juzgador de cualquier proceso mexicano,

(63) Alsina Hugo "Derecho Procesal Civil ". Editorial Ediar Buenos Aires Argentina 1981, Tomo III, Pág. 301

(64) Ovalle Favela José "Derecho Procesal Civil". Editorial Harla, México 1991, Pág. 170

(65) Tesis 423 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1992, México 1992, 4a Parte. Pág. 674.

puede valorar las pruebas que recepcionó conforme a alguno de los siguientes sistemas:

5.3.1.- Sistema de valoración legal o tasada.

Es el sistema tradicional del derecho español, desde el Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación.

En este sistema, la valoración de cada uno de los medios de prueba se encuentra previamente regulada por la ley y el juez ha de aplicarla rigurosamente, sea cual fuere su criterio personal, en virtud, de que el legislador le fija al juez reglas invariables con carácter general y según ellas tiene que juzgar.

Es decir, el juzgador de una manera limitativa revisa si las pruebas que se practicaron respetan los requisitos establecidos en la ley, para otorgarles pleno valor probatorio.

Por su parte, Ovalle Favela nos dice: " en el sistema legal o tasado el juzgador debe sujetarse estrictamente a los valores o tasas 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, en cada caso, la ley señale. " (66)

Según Castillo Larrañaga José: " El sistema de la prueba
(66) Ovalle Favela José. Op. Cit. Pág. 170

legal padece de un defecto fundamental, que es el de consagrar una oposición antinatural entre el conocimiento humano y el jurídico. El sistema de la prueba legal o tasada se asienta sobre la desconfianza hacia el juez, al que convierte en su autómeta, y es, por su inflexibilidad y dureza, incompatible con una eficaz percepción de los hechos que juegan en el proceso, cuya apreciación en el caso concreto escapa a las previsiones legales de tipo general que suelen llevar a la fijación de una verdad puramente formal, sin enlace alguno con los elementos vitales que palpitan en toda contienda judicial. " (67)

Al respecto, Carlos Lessona nos dice: " El sistema de la prueba legal que en las leyes modernas está aceptado sólo como excepción, tuvo su origen en el procedimiento bárbaro y se reforzó cuando a éste le substituyó el procedimiento romano canónico. En efecto, el derecho canónico, con la saludable intención de excluir el arbitrio de los juzgadores y de asegurar el triunfo de la verdad real, a la vez que tenía en cuenta la persuasión del juez, le dictaba reglas para dirigir su juicio respecto al valor de las pruebas. Así, para algunas de ellas dictó reglas precisas sacadas de los principios racionales, a cuyas reglas les obligaba a atenerse, y obligándolos a sentenciar según los resultados externos del proceso, puede decirse que inició el sistema que suele llamarse de la tasa legal de las pruebas. " (68)

(67) Castillo Larrañaga José "Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1987, Pág. 288.

(68) Lessona Carlos. Op. Cit. Pág. 29.

Así vemos que el Código Fiscal de la Federación utiliza este sistema para valorar a la confesión expresa, a las presunciones legales, a los hechos afirmados por autoridad en documento público o a los afirmados por particulares, en su artículo 234 fracción I, que establece: " La valoración de las pruebas se hará de acuerdo con las siguientes disposiciones:

I.- Harán prueba plena la confesión expresa de las partes, las presunciones legales que no admitan prueba en contrario, así como los hechos legalmente afirmados por autoridad en documentos públicos; pero si en estos últimos se contienen declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos de particulares, los documentos sólo prueban plenamente que, ante la autoridad que los expidió, se hicieron tales declaraciones o manifestaciones, pero no prueban la verdad de lo declarado o manifestado. " (69)

Concluiremos este punto diciendo que consideramos que este sistema se establece en función de dos razones fundamentales que son:

1.- Porque se tiene desconfianza respecto del valor moral del juzgador (lógica)

2.- Por la incapacidad técnica del juzgador.

Respecto a la utilización de este sistema para valorar a las pruebas, Castillo Larrañaga José nos dice: " el sistema (69) Código Fiscal de la Federación. Op. Cit. Págs. 1175 y 1176.

de la prueba tasada es una actividad peligrosísima tanto para los intereses de los litigantes como para el decoro de la justicia. " (70)

Carnelutti, sin embargo le reconoce una verdadera y gran ventaja al establecer que : " la valoración de ciertas pruebas hechas por la ley, constituye que el órgano jurisdiccional les reconozca o desconozca la eficacia probatoria, lo que incita que de un lado las partes se provean de pruebas eficaces y así faciliten el desenvolvimiento del proceso, y de otro, les permite proveer, hasta cierto punto, el resultado del proceso.

De esta manera lo que el sistema de las pruebas pierde en justicia, lo recupera en certeza. " (71)

Con lo anterior Carnelutti plantea un grave problema de conciencia para quienes entienden que en el proceso lo que importa sobre todo, es la justicia y que esta no debe ser sacrificada por nada.

Por lo que nos apegamos al criterio que al respecto sustenta Castillo Larrañaga José.

5.3.2.- Sistema de valoración libre.

En este sistema el juzgador no se encuentra sometido a reglas legales establecidas, sino por el contrario se le faculta al juez para que valore libremente las pruebas

(70) Castillo Larrañaga José. Op. Cit. Pág. 288.

(71) Carnelutti Francesco. Op. Cit. Pág. 209.

atendiendo únicamente a las reglas de la lógica jurídica y de la experiencia.

Por su parte Ovalle Favela establece que en este sistema: " el juez no se encuentra sometido a reglas establecidas en forma apriorísticas, sino que aprecia el valor de las pruebas según su propio criterio, de manera libre, pero ajustándose en todo caso a reglas de coherencia lógica y expresando, en forma razonada, los motivos de su valoración. " (72)

Respecto de este sistema Castillo Larrañaga José en su libro de Derecho Procesal Civil, nos dice: " Este sistema 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 valorización. "

De lo manifestado por el anterior autor, consideramos importante señalar que el juez no goza en este sistema, de una libertad absoluta para valorar los medios de prueba, en virtud, de que la interpretación judicial que haga al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, juega un papel muy importante en las reglas de la lógica y de la experiencia, ya que tales interpretaciones obligan al juez a

(72) Ovalle Favela José. Op. Cit. Pág. 170.

conceder determinado valor probatorio positivo o negativo.

Este sistema lo aplica el código de procedimientos civiles del distrito federal, para valorar sus medios de prueba a excepción de los documentos públicos, en su artículo 402 que establece: " Las medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión. "

5.3.3.- Sistema de valoración mixta.

Es una combinación de los dos sistemas anteriores, es decir, señala determinadas reglas para apreciar algunas pruebas y otras las confía a la libre apreciación razonada del juzgador.

Respecto de este sistema José Castillo nos dice: " La combinación de los principios de la prueba legal y de la prueba libre, tiende a resolver el contraste tradicional entre la necesidad de la justicia y la de la certeza. " (73)

Por otra parte, consideramos que puede afirmarse que actualmente, este sistema es acogido por la mayoría de los códigos procesales.

Señalaremos como ejemplo del empleo de este sistema al código fiscal de la federación en su artículo 234 que dice:

(73) Castillo Larrañaga José. Op. Cit. Pág. 289.

" La valoración de las pruebas se hará de acuerdo con las siguientes disposiciones:

I.- Harán prueba plena la confesión expresa de las partes, las presunciones legales que no admiten prueba en contrario, así como los hechos legalmente afirmados por autoridad en documentos públicos; pero si en estos últimos se contienen declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos de particulares, los documentos sólo prueban plenamente que, ante la autoridad que los expidió, se hicieron tales declaraciones o manifestaciones, pero no prueban la verdad de lo declarado o manifestado.

Tratándose de actos de comprobación de las autoridades administrativas, se entenderán como legalmente afirmados los hechos que constan en las actas respectivas.

II.- El valor de las pruebas pericial y testimonial, así como el de las demás pruebas quedará a la prudente apreciación de la sala.

Cuando por el enlace de las pruebas rendidas y de las presunciones formadas, la sala adquiera convicción distinta acerca de los hechos materia del litigio, podrá valorar las pruebas sin sujetarse a lo dispuesto en las fracciones anteriores, debiendo fundar razonadamente esta parte de su sentencia. "

Cabe señalar que existe un sistema de valoración diferente a los anteriores denominado " Sistema de Intima

Convicción que únicamente es utilizado en aquellos casos en los que interviene el jurado popular, en virtud, de que se valoran de manera libre las pruebas que son desahogadas ante estos jurados sin tener que expresar los motivos de su apreciación, la cual no puede ser objeto de impugnación por las partes ni de revisión por otro tribunal. Este sistema lo regula el artículo 336 del código federal de procedimientos penales.

Cabe señalar que los jurados populares solo existen en los juicios penales como lo establece el artículo 20 fracción VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dice: " En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación."

(74)

5.4.- INCIDENTE DE TACHAS.

Consiste en impugnar la validez de la declaración de un testigo, porque concurren en él diversas circunstancias que vuelven sospechosa la deposición del testigo o porque haya

(74) Constitución Política. Op. Cit. Págs. 16 y 18.

incurrido en contradicciones en sus afirmaciones. Siempre que esas circunstancias no hayan sido expresadas en sus declaraciones.

La parte que estima que existen motivos de incredulidad objetiva para un testigo, puede promover el incidente de tachas, el juez también lo podrá hacer valer de oficio al valorar las pruebas en su conjunto.

El artículo 371 del código de procedimientos civiles, lo regula, mismo precepto que establece: "en el acto del examen o dentro de los tres días siguientes, pueden las partes atacar el dicho de aquél por cualquier circunstancia que en su concepto afecte su credibilidad. "

Se sustancia incidentalmente la petición de tachas y su resolución se reserva para la definitiva.

No se admite la prueba testimonial para tachar a los testigos que declaren en el incidente de tachas porque de lo contrario se hará interminable su ofrecimiento.

Pérez Palma Rafael, define a las tachas como "las condiciones personales que concurren en los testigos que pueden restar valor probatorio a sus dichos. " (75)

Al respecto, José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina, nos dicen: " En el lenguaje forense se da el nombre de tachas a los defectos o causas de inverosimilitud o parcialidad que

(75) Pérez Palma Rafael. Op. Cit. Pág. 474.

concurrir en los testigos y se aleguen para invalidar o desvirtuar la fuerza de sus declaraciones. " (76)

Las tachas pueden ser de dos clases:

1.- Las que se refieren a las circunstancias de la persona del testigo como son: La relación de parentesco, dependencia económica o de trabajo, o cualquier otra relación de interés directo o indirecto en el asunto de que se trate (art. 363 del código de procedimientos civiles del distrito federal); así como el que el testigo tenga defectos físicos como sordera o de índole mental como la demencia, etc. (artículo 371 del mismo ordenamiento legal).

2.- Los que se refieren a la condición del contenido del testimonio que pueden consistir en que el testigo hubiere declarado falsamente, erróneamente o bajo soborno, o bien que el hecho sobre el que se declara no pueda ser conocido por los sentidos o no son conocidos directamente por el testigo sino que los conoce por referencia o por inducción de otra persona o que el hecho declarado no produzca la firme convicción de ser verdad, o por cualquier otra circunstancia que a juicio de las partes afecte la credibilidad del testigo. (artículo 371 del código de procedimientos civiles)

Cabe señalar que no se debe confundir la tacha con la inhabilidad, en virtud, de que la primera solamente vuelve sospechosa la deposición y será el juez, quien en uso de su

(76) Castillo Larrañaga José y Rafael de Pina "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1990, Pág. 293.

arbitrio califique la tacha y decida sobre el valor probatorio de la declaración; mientras que la segunda prohíbe el examen del testigo y en caso de que hubiere declarado inválida o anula la declaración.

Por último diremos que no debe confundirse la falsedad en las declaraciones con la tacha, en virtud, de que esta consiste como ya se ha dicho en la concurrencia de alguna circunstancia en la persona del testigo, que vuelve sospechoso su dicho; mientras que la primera es la falta deliberada de la verdad que constituye un delito que es sancionado por el código penal. La acción penal se denunciará hasta el periodo de alegatos.

5.5.- VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL

De acuerdo con el artículo 402 del cuerpo procesal ya invocado, la prueba testimonial será valorada en conjunto con los demás medios de prueba que fueron admitidos y desahogados por el juzgador, en la sentencia definitiva que éste se sirva emitir, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia.

Según Alcalá Zamora la " libertad encuadrada por la lógica, consiste en que el juzgador ha de convencer de su convicción a los justiciables y este supone la aplicación de las reglas de la ciencia y de la experiencia, bajo el signo de conciencia, a la apreciación de la prueba. " (77)

(77) Alcalá-Zamora y Castillo Niceto "Introducción al Estudio de la Prueba", Editorial G.Kraft, Chile 1985, Pág. 123.

Cabe señalar que la libertad para valorar a la prueba testimonial no es absoluta. en virtud, de que existen numerosas tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. mismas que proporcionan orientación y criterios a los jueces para poder valorar de manera razonable este medio de prueba, debiendo ser estos observados forzosamente por el juzgador.

A continuación señalaremos algunas de las jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación :

" PRUEBA TESTIMONIAL. SU APRECIACION.- UNA DE LAS MEDIDAS QUE DEBEN TOMARSE PARA APRECIAR EL VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL A EFECTO DE ESTABLECER CUAL TESTIMONIO DE LOS OFRECIDOS POR EL ACTOR O POR LA DEMANDADA ES EL DE MAYOR PESO Y CREDIBILIDAD, CONSISTE EN CONSIDERAR LAS SIGUIENTES CIRCUNSTANCIAS: QUE EL TESTIGO NO SEA INHABIL EN LOS TERMINOS LEGALES; QUE POR SU EDAD, CAPACIDAD Y SU INSTRUCCION TENGA EL CRITERIO NECESARIO PARA JUZGAR EL ACTO; QUE POR SU PROBIIDAD E INDEPENDENCIA DE SU POSICION Y POR SUS ANTECEDENTES PERSONALES TENGA COMPLETA IMPARCIALIDAD; QUE EL HECHO DE QUE SE TRATE SEA SUSCEPTIBLE DE SER CONOCIDO POR MEDIO DE LOS SENTIDOS Y QUE EL TESTIGO LO CONOZCA POR SI MISMO Y NO POR REFERENCIA O INDUCCIONES DE OTRA PERSONA; QUE EL TESTIMONIO SEA CLARO, PRECISO Y SIN DUDAS NI RETICENCIAS; QUE LA SUBSTANCIA DEL HECHO DECLARADO ESTABLEZCA LA FIRME CONVICCION DE SER VERDAD QUE EFECTIVAMENTE OCURRIO, ASI COMO LA CUALIDAD EN CUANTO A LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ENMARCARON EL HECHO MATERIA DEL TESTIMONIO, AUN CUANDO NO ES INDISPENSABLE, LA ABSOLUTA PRECISION EN LOS DETALLES ACCESORIOS POR LA IMPOSIBILIDAD FISICA DE LA PERSONA DE PERCIBIR Y RECORDAR CONSCIENTEMENTE TODOS LOS DETALLES DE UN SUCESO. TAMBIEN DEBEN CONSIDERARSE LOS IMPULSOS DEL INTERES, ENGAÑO, ERROR O SOBORNO, ASI COMO LA FUERZA O TEMOR INFERIDOS POR UN TERCERO. Y FINALMENTE EL ESTADO PSICOLOGICO DEL DECLARANTE AL MOMENTO DE PRESENCIAR LOS HECHOS Y EN EL MOMENTO MISMO DE RENDIR SU ATESTADO."

PRECEDENTES:

SEPTIMA EPOCA, CUARTA PARTE:
VOL. 58 PAG. 63 A.D. 504/72 TELESFORD REYES CHARGOY.
5 VOTOS.
TESIS RELACIONADA CON JURISPRUDENCIA 240/85.

" PRUEBA TESTIMONIAL, VALORACION DE LA.- UNA AFIRMACION DOGMATICA DEL JUZGADOR NO PUEDE ESTIMARSE COMO UN REAL Y VERDADERO ANALISIS DE LAS DECLARACIONES DE LOS TESTIGOS, NI TAMPOCO COMO UN ACERTADO JUICIO DEL ARBITRIO JUDICIAL CONCEDIDO AL RESPECTO, POR QUE LA LEY ESTABLECE CIERTAS CONDICIONES QUE ESTOS DEBEN LLENAR PARA QUE PUEDA DARSELES VALOR A SUS DECLARACIONES, Y FIJA LOS REQUISITOS QUE DEBEN TENER ESTAS PARA TENER EFICACIA, POR LO QUE SI LA AUTORIDAD JUDICIAL SE APARTA DE ESTAS REGLAS, SU APRECIACION VIOLA LOS PRINCIPIOS LOGICOS JURIDICOS EN QUE DESCANSA LA PRUEBA Y CONCRETAMENTE EL ARBITRIO JUDICIAL. "

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 1029/72 JULIANA ALEGRIA AVEDARO. 15 DE MARZO DE 1973 UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: ENRIQUE MARTINEZ ULLOA.

" PRUEBA TESTIMONIAL, APRECIACION DE LA.- CIERTO ES QUE, EN TERMINOS GENERALES, EL VALOR DE LA PRUEBA TESTIMONIAL QUEDA AL ARBITRIO DEL JUEZ, PERO TAMBIEN LO ES QUE ESE ARBITRIO SOLO DEBE SER RESPETADO CUANDO SE OBSERVEN LOS PRECEPTOS REGULADORES DE LA PRUEBA, Y NUNCA SE CONSIDERARAN PROBADOS LOS HECHOS CUANDO EL DICHO DE LOS TESTIGOS NO SEA UNIFORME, DEBIENDO EL JUEZ TENER EN CONSIDERACION, ENTRE OTRAS COSAS, QUE POR SU PROBIDAD, SU POSICION Y POR SUS ANTECEDENTES PERSONALES, TENGAN COMPLETA IMPARCIALIDAD. "

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 4154/70 MAURO CHAVEZ COBOS. 26 DE FEBRERO DE 1973 MAYORIA DE 4 VOTOS. PONENTE: ENRIQUE MARTINEZ ULLOA. QUINTA EPOCA:
TOMO XVII, PAG. 430.

" PRUEBA TESTIMONIAL.- LA APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL ES CORRECTA SI EL JUEZ NO LA VALORA AISLADAMENTE, Y PARA CONCEDERLE VALOR PROBATORIO TUVO EN CUENTA PRINCIPALMENTE QUE LO DICHO POR LOS TESTIGOS SE CORROBORA CON LA CONFESION DEL DEMANDADO. "

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 2942/57. AMPARO LUNA DIAZ. 13 DE FEBRERO DE 1958. 5 VOTOS. PONENTE: JOSE CASTRO ESTRADA. SOSTIENE LA MISMA TESIS:

AMPARO DIRECTO 5131/56. MARTA OROZCO VDA. DE YOUNG. 13 DE FEBRERO DE 1958. 5 VOTOS.

" PRUEBA TESTIMONIAL. APRECIACION DE LA.- LA PERFECCION EN LAS DECLARACIONES ENGENDRA SOSPECHA SOBRE LA SINCERIDAD DE LOS TESTIGOS, POR LO QUE NO PUEDE ESTIMARSE CONTRARIA A LAS REGLAS DE LA LOGICA DE APRECIACION DEL JUZGADOR QUE, ANTE LAS REPUESTAS DE LOS TESTIGOS EN LOS MISMOS TERMINOS Y HASTA CON IDENTICAS PALABRAS, DEDUZCA QUE HAN SIDO ALECCIONADOS PREVIAMENTE, TAL CALIFICACION EMANA DE UN JUICIO PRUDENTE, ACORDE CON LAS EXIGENCIAS DE LA SANA CRITICA, PORQUE EL JUZGADOR CUIDA EVITAR QUE POR LA SIMPLE COINCIDENCIA DE LOS TESTIMONIOS, CUYA VERACIDAD NO SEA EVIDENTE, SE TUVIERA POR DEMOSTRADOS HECHOS NOTORIAMENTE FALSOS. "

PRECEDENTES:

SEXTA EPOCA. CUARTA PARTE:

VOL. XXIV. PAG. 248 ALBERTO ATHIE Y HNOS., S. DE R.L. 5 VOTOS.

SEPTIMA EPOCA, CUARTA PARTE:

VOL. 55 PAG. 49 A.D. 6014/71 MANUEL CRUZ SANCHEZ. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS.

TESIS RELACIONADA CON JURISPRUDENCIA 240/85.

Por lo tanto, podemos decir que la valoración de la prueba testimonial es el análisis mental que realiza el juez respecto de las declaraciones de los testigos vertidas en el proceso, apoyándose este análisis en la lógica, la experiencia y en la interpretación judicial que al respecto emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el fin de deducir si este medio de prueba embuelve o no garantías de seguridad, exactitud y precisión para conocer la verdad de los hechos controvertidos.

Los razonamientos y argumentos que realice el juzgador respecto de este medio de prueba, deben ser expuestos en el contenido de la sentencia, es decir, se debe fundamentar y motivar la valoración de la prueba testimonial en la sentencia. Esta obligación se establece en términos de los artículos 402 del código procesal civil en su última parte y en el artículo 14 constitucional que respectivamente dicen: " el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión. " (78)

" Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. " (79)

El juez al valorar la prueba testimonial debe tomar en cuenta las posibilidades de error, de falsedad, soborno, el temor, la necesidad, la escases de inteligencia, la edad, la simpatía, el parentesco, la subordinación y todas aquellas circunstancias que afecten la credibilidad del testimonio. Así como las repreguntas de la contraparte porque pueden poner de manifiesto dudas o contradicciones en las declaraciones de los testigos. Por otra parte, cabe señalar que la percepción por parte del juzgador de las actividades psicológicas del declarante juegan también un papel muy importante en la valoración de la prueba testimonial.

Por su parte, Alsina Hugo nos dice que: " Se trata de

(78) Código de Procedimientos Civiles. Op. Cit. Pág. 101.

(79) Constitución Política. Op. Cit. Pág. 13.

una prueba esencialmente subjetiva cuyo valor depende, no solamente de las condiciones morales del testigo, sino de numerosos factores relacionados con su modalidad psíquica, con el objeto de su declaración y con la formación del testimonio. " (80)

5.5.1.- Valoración de la prueba testimonial en otros procedimientos.

El código federal de procedimientos civiles, valora la prueba testimonial utilizando el sistema mixto como se desprende de sus artículos 215 y 216 que respectivamente dicen: " El valor de la prueba testimonial quedará al prudente arbitrio del tribunal, quien para apreciarla, tendrá en consideración:

I.- Que los testigos convengan en lo esencial del acto que refieran, aun cuando difieran en los accidentes;

II.- Que declaren haber oído pronunciar las palabras, presenciado el acto. o visto el hecho material sobre que depongan;

III.- Que, por su edad, capacidad o instrucción, tengan el criterio necesario para juzgar el acto;

IV.- Que por su probidad, por la independencia de su posición o por sus antecedentes personales, tengan completa imparcialidad;

(80) Supra: "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Pág. 641.

V.- Que por si mismos conozcan los hechos sobre que declaren, y no por inducciones ni referencias de otras personas;

VI.- Que la declaración sea clara, precisa, sin dudas ni reticencias, sobre la sustancia del hecho y sus circunstancias esenciales;

VII.- Que no hayan sido obligados por fuerza o miedo, ni impulsados por engaño, error o soborno, y

VIII.- Que den fundada razón de su dicho. "

" Un solo testigo hace prueba plena cuando ambas partes convengan expresamente, en pasar por su dicho, siempre que este no esté en oposición con otras pruebas que obren en autos. En cualquier otro caso, su valor quedará a la prudente apreciación del tribunal. "

El código procesal penal, valora a la prueba testimonial utilizando el sistema mixto como se aprecia de los artículos 255 a 259 que respectivamente dicen: " Para apreciar la declaración de un testigo, el tribunal o juez tendrá en consideración:

I.- Que el testigo no sea inhábil por cualquiera de las causas señaladas en este Código;

II.- Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar el acto;

III.- Que por su probidad, la independencia de su posición

y antecedentes personales. tenga completa imparcialidad:

IV.- Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;

V.- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias. ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales: y

VI.- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza. "

" Las declaraciones de dos testigos hábiles harán prueba plena, si concurren los siguientes requisitos:

I.- Que convengan no sólo en la sustancia, sino en los accidentes del hecho que refieran. y

II.- Que los testigos hayan oído pronunciar las palabras o visto el hecho sobre el que deponen. "

" También harán prueba plena las declaraciones de dos testigos, si, conviniendo en la sustancia, no convienen en los accidentes, si éstos, a juicio del tribunal, no modifican la esencia del hecho."

" Si por ambas partes hubiere igual número de testigos contradictorios, el tribunal se decidirá por el dicho de los

que merezcan mayor confianza. Si todos la merecen igual y no hay otra prueba, absolverá al acusado. "

" Si por una parte hubiere mayor número de testigos que por la otra. el tribunal se decidirá por la mayoría, siempre que en todos concurren iguales motivos de confianza.

En caso contrario, obrará como lo dicte su conciencia. "

Por lo que respecta al código federal de procedimientos penales. utiliza el sistema libre para valorar a la prueba testimonial como se desprende del artículo 289 que dice: "Para apreciar la declaración de un testigo el tribunal tendrá en consideración :

I.- Que por su edad, capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar el acto;

II.- Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales tengan completa imparcialidad:

III.- Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;

IV.- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales y

V.- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio

Judicial no se reputará fuerza. "

Por lo que respecta al código de comercio. este valora los testimonios que le son ofrecidos conforme al sistema mixto. como se aprecia en sus artículos 1302, 1303 y 1304 que respectivamente dicen: " El valor de la prueba testimonial queda al arbitrio del juez, quien nunca puede considerar probados los hechos sobre los cuales ha versado. cuando no haya por lo menos dos testigos en quienes concurren las siguientes condiciones:

I.- Que sean mayores de toda excepción;

II.- Que sean uniformes, esto es, que convengan no sólo en la substancia sino en los accidentes del acto que refieren, o aun cuando no convengan en éstos, sino modifican la esencia del hecho:

III.- Que declaren de ciencia cierta: esto es, que hayan oído pronunciar las palabras, presenciando el acto o visto el hecho material sobre que deponen:

IV.- Que den fundada razón de su dicho. "

" Para valorar las declaraciones de los testigos, el juez tendrá en consideración las circunstancias siguientes:

I.- Que el testigo no sea inhábil por cualquiera de las causas señaladas en el artículo 1262:

II.- Que por su edad, su capacidad y su instrucción tenga el criterio necesario para juzgar el acto:

III.- Que por su probidad, por la independencia de su posición y por sus antecedentes personales tenga completa imparcialidad;

IV.- Que el hecho de que se trate sea susceptible de ser conocido por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias a otras personas;

V.- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre las circunstancias esenciales;

VI.- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no debe estimarse como fuerza o intimidación."

" Un solo testigo hace prueba plena cuando ambas partes personalmente, y siendo mayores de edad, convengan en pasas por su dicho. "

El código fiscal de la federación, valora a la prueba testimonial utilizando el sistema libre como se puede apreciar del contenido de su artículo 234 fracción II, que dice : " La valoración de las pruebas se hará de acuerdo con las siguientes disposiciones:

II.- El valor de las pruebas pericial y testimonial, así como el de las demás pruebas quedarán a la prudente apreciación de la sala. "

5.5.2.- Consideraciones sobre el desprestigio actual de la prueba testimonial en el proceso civil.

Cabe señalar que este medio de prueba tuvo una gran importancia histórica al grado que se llegó a decir que " Los testigos son los ojos y oídos de la justicia. ", sin embargo, la evolución histórica ha ido mostrando una paulatina reducción de la confiabilidad de esta prueba, tanto por los problemas propios de la percepción, que derivan de la misma fiabilidad humana, como por las operaciones indebidas a que se presta dicho medio de prueba.

Es decir, podemos decir que el desprestigio actual que presenta este medio de prueba se debe fundamentalmente a dos circunstancias que son:

5.5.2.1.- Circunstancias legales.- Estas se refieren a todas aquellas deficiencias legislativas que regulan su ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de la prueba testimonial, así como a la inobservancia en la aplicación de los preceptos legales que sancionan el incumplimiento de las obligaciones derivadas de este elemento de prueba, y a la falta de cumplimiento por parte del juez de aquel mandato judicial que le establece que debe prescindir la audiencia de desahogo de pruebas para que pueda apreciar directamente el dicho de un testigo.

Todas ellas provocan que la prueba testimonial no cumpla con su cometido y por el contrario la vuelven deficiente.

5.5.2.2.- Circunstancias personales del testigo y

de las partes.- Estas se refieren a todas aquellas deficiencias personales del testigo y de las partes, tales como el parentesco, la dependencia económica, la amistad, la falta de retención mental involuntaria, el idiotismo, la imbecilidad, la sordera, la ceguera, la edad, la concepción errónea de los hechos por parte del testigo, por lo que respecta al primero; y por lo que respecta a los segundos la presentación de testigos falsos, el valerse de las deficiencias legislativas para retardar el procedimiento a través de este medio de prueba, así como la falta de conocimiento por parte de los litigantes del empleo de este medio de prueba.

Estas deficiencias provocadas por el testigo o las partes, provocan que la prueba testimonial deje de ser veraz y por tanto no se le de importancia.

Sin embargo, consideramos que aunque la prueba testimonial se ha visto desvirtuada por las circunstancias antes señaladas, este medio de prueba no deja de ser importante, tan es así que se encuentra prevista en procesos de diversas materias, además por las razones que explique en el contenido del capítulo segundo del presente trabajo de tesis.

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

PRIMERA.- A través de los antecedentes históricos de la prueba testimonial podemos apreciar que algunas de las disposiciones legales que se establecieron para su regulación en el pasado, han servido de base para nuestra actual legislación procesal que prevee este elemento probatorio.

SEGUNDA.- Los tres elementos que se requieren para poder hablar de la prueba testimonial en un proceso civil son: el testigo, el testimonio y la existencia de una autoridad judicial.

TERCERA.- No es necesario establecer en el código de procedimientos civiles para el distrito federal, una disposición legal que prohíba en forma específica la declaración de determinadas personas como lo hace el código de comercio en su artículo 1262.

CUARTA.- En la práctica podemos observar que comúnmente se confunde la incapacidad para declarar como testigo en un proceso civil con aquellas circunstancias de parentesco, dependencia económica, secreto profesional y de simpatía que sirven al juzgador para desvirtuar el dicho de los testigos.

QUINTA.- Se puede apreciar que algunas de las disposiciones legales que señala el código procesal, para la regulación de la prueba testimonial no son observados por el

legislador y las partes, lo que provoca que este medio de prueba no se recepcione correctamente.

SEXTA.- En el código de procedimientos civiles del distrito federal, existen diversas lagunas respecto de la regulación de la prueba testimonial en el proceso civil, provocándose así la desvirtuación de este medio probatorio al aplicarse criterios jurídicos personales del juzgador al momento de admitirlo o valorarlo.

SEPTIMA.- La prueba testimonial que se preconstituye en los medios preparatorios del juicio, deja de ser prueba testimonial al ofrecerse en el juicio formal convirtiéndose esta en una prueba documental pública.

OCTAVA.- La fase probatoria del proceso civil se divide en cuatro etapas que son: el ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo.

NOVENA.- La libertad para valorar a la prueba testimonial no es absoluta, en virtud de que se debe ejercer tomando en consideración aquellas circunstancias que pueden afectar la credibilidad del testigo, así como la edad del testigo, su criterio para poder juzgar el acto, que el hecho sea susceptible de ser conocido por medio de los sentidos y que el testigo haya conocido por sus sentidos los hechos sobre los que declara.

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

- Alcalá-Zamora y Castillo Niceto "Introducción al Estudio de la Prueba", Editorial G. Kraft, Chile 1985.
- Alsina Hugo "Derecho Procesal Civil", Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina 1981, Tomo III.
- Alsina Hugo "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina 1980, Tomo III.
- Becerra Bautista José "El Proceso Civil en México", Editorial Porrúa, México 1970.
- Castillo Larrañaga José "Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1989.
- Castillo Larrañaga José y Rafael de Pina "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1970.
- Caravantes J. Vicente "Tratado Histórico, Crítico y Filosófico de los Procedimientos en Materia Civil", Editorial Arayu, Madrid 1985.
- Carnelutti Francesco "La Prueba Civil", Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina 1985.
- Colín Sánchez Guillermo "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa, México 1984.
- Chiovenda Giuseppe José "Derecho Procesal Civil", Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1980, Tomo III.
- Esquivel Obregón Toribio "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Editorial Polis, México 1979, Tomo 1.
- Floris Margadant S. Guillermo "Derecho Romano", Editorial Esfinge, México 1980.
- Gómez Lara Cipriano "Derecho Procesal Civil", Editorial Trillas, México 1987.
- González Blanco Alberto "El Proceso Penal Mexicano", Editorial Porrúa, México 1989.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas "Diccionario Jurídico Mexicano", Editorial Porrúa, México 1992.
- Lessona Carlos "Teoría General del Derecho Civil", Editorial Reus, Madrid 1942, Tomo IV.
- Mattiolo Luis "Tratado de Derecho Judicial Civil", Editorial Reus, Madrid 1980, Tomo III.

- Obregón Heredia Jorge "Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Comentado y Concordado, Jurisprudencia, Tesis y Doctrina", Editorial Obregón, México 1981.
- Ovalle Favela José "Derecho Procesal Civil", Editorial Harla, México 1991.
- Pallares Portillo Eduardo "Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1982.
- Pallares Portillo Eduardo "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1989
- Pallares Portillo Eduardo "Historia del Derecho Procesal Civil Mexicano", Editorial Imprenta Universitaria, México 1982.
- Perez Palma Rafael "Guía de Derecho Procesal Civil", Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1986.
- Prieto Castro Leonardo "Derecho Procesal Civil", Editorial General Zaragoza, España 1986, Tomo I.
- Rocco Hugo "Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, México 1989.
- Rosenberg Leo "Derecho Procesal Civil", Traducción de Angela Romero Vera, Argentina 1972, Tomo I.
- W. Kisch "Elementos del Derecho Procesal Civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1979.

ORDENAMIENTOS JURIDICOS CONSULTADOS

- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 1991.
- Código de Comercio, Editorial Porrúa, México 1991.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Delma, México 1991.
- Código Federal de Procedimientos Civiles, Editorial Porrúa, México 1991.
- Código Fiscal de la Federación, Editorial Ecasa, México 1992.
- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 1991.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México 1991.
- Ley Federal del Trabajo, Editorial Porrúa, México 1990.
- Tesis 423 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1992, México 1992, 4a. parte.
- Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-1991, Proceso de Edición Universidad de Colima, Sistema Siabuc, Versión especial para la Suprema Corte de Justicia de la Nación.